# DIE DINGLICHE RECHTSLAGE IN DER GESELLSCHAFT DES BGB. UND IHRE VERÄNDERUNG DURCH DAS AUSSCHEIDEN EINES GESELLSCHAFTERS

## INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER

RECHTS- UND WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ROSTOCK

VORGELEGT VON

**HERBERT ADOLFF**

AUS BACKNANG i. WÜRTTBG.

1 · 9 · 2 · 9

# Inhaltsangabe.


Seite

Literatur . . . . . 7

Einleitung . . . . . 15

Vorbereitender Teil.

§ 1. Römische societas . . . . . 18
§ 2. Die Gesamthand . . . . . 21

Hauptteil.

A. Die dingliche Rechtslage.

§ 3. Die Problematik des Themas . . . . . 32
§ 4. Die Frage der Rechtssubjektivität . . . . . 35
§ 5. Die Frage der Vermögenseinheit . . . . . 40
§ 6. Der Anteil . . . . . 49
§ 7. Eingebrachte Gegenstände . . . . . 57

B. Ausscheiden eines Gesellschafters.

§ 8. Voraussetzungen . . . . . 59
§ 9. Die Fälle des Ausscheidens im engeren Sinne . . . . 62
§ 10. Das Ausscheiden im weiteren Sinne . . . . . 66

C. Die Auswirkungen auf die dingliche Rechtslage.

§ 11. Akkreszenz . . . . . 71
§ 12. Auswirkungen im einzelnen . . . . . 75

Schluß . . . . . 83

# Literatur.


Adler, Karl, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. Berlin 1895.

Affolter, A., Zur Lehre von der Gesellschaft. Im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 35, Berlin 1908, S. 224 ff.

Anschütz-Völderndorf, II. Kommentar z. A. D. HGB. Erlangen 1870.

Becker, Enno, Kommentar zur Reichsabgabenordnung (S. 19).

Bendix, Deutsches Privatrecht. Breslau 1898.

Beseler, Georg, System des gemeinen deutschen Privatrechts. 1885.

Biermann, Johannes, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl., Berlin 1914.

Binder, Julius, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907.

Binder, Julius, Die Rechtsstellung der Erben. Teil I u. III. Leipzig 1905.

Boesebeck, Ernst, Die Gemeinschaft nach ihrer dinglichen Seite hin. Diss. Marburg 1914.

Böhm, J., Das materielle und das formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Brentano, Lujo, Über Anerbentum und Grundeigentum. Berlin 1898.

Brunner-Heymann, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 1. Aufl. München 1925.

Bulk, Walter, Die Aufnahme in eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Rostock 1903.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II. 7/8. Aufl. Jena 1924.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Berlin 1921.

Cohn, Georg, Gemeinderschaften und Hausgenossenschaft in Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft, Bd. 13. Stuttgart 1898.

Crome, Karl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I 1900, II 1902. Tübingen.

Deitigsmann, Ottmar, Eigentumsübertragung von Gesamthandsgrundstücken ohne Auflassung. Diss. Heidelberg 1910.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Dernburg, Heinrich, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. II, 2. Halle 1915.

Dietrich, Martin, Das Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft und die sich daran knüpfenden Rechtsfolgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1907.

Dübi, Otto, Die Gemeinschaften zur gesamten Hand im deutschen und schweiz. Recht, ihre Forderungs- und Haftungsverhältnisse. In Abhandlungen zum Schweizer Recht. Herausg. von Dr. Max Gmur. Heft 40. Bern 1910.

Ehrenberg, Viktor, Gesellschaftsvertrag (nach bürgerlichem Recht). Handwörterb. d. Staatswiss. 2. Aufl. Bd. IV. S. 224 ff.

Endemann, F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I—III. Berlin 1903.

Endemann, F., Römisches Privatrecht. Berlin 1925. Walter de Gruyter & Co.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. I, 1 u. 2. Marburg 1927.

Engländer, Conrad, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft. Berlin 1914.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. I und II. Berlin 1888 und 1895.

Feine, H. E., Die Gesellschaft m. beschr. Haftung. In Ehrenberg Handb. d. ges. Handelsr. 3. Bd. III. Abt. Leipzig 1929.

Fitting, Hermann, Zur Lehre vom Anwachsungsrecht. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 57 Nr. 9. Tübingen 1874.

Fischer u. v. Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. München 1927.

Fuchs, Eugen, Grundbuchrecht. Bd. I. 1908.

Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. 1891.

Gierke, Otto, Das deutsche Genossenschaftsrecht. 4 Bde. Berlin 1868, 1873, 1881, 1913.

Gierke, Otto, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung. Berlin 1887.

Gierke, Otto, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 2. Aufl. Berlin 1902.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht. Bd. I u. II. Leipzig 1895.

Gierke Otto, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht. Im Arch. f. bürg. Recht. Bd. 19. Berlin 1894.

Gierke, Otto, Personengemeinschaften und Vereinsbegriffe in dem Entwurfe eines Bürg. Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich. In Beiträge z. Bürg. Gesetzbuch f. d. D. R. Heft 18. Berlin 1889.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1912.

Goesch, Heinrich, Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft nach dem Bürg. Gesetzbuche. Diss. Göttingen 1900.

Görtz, Wilh., Eintritt und Austritt aus der Gesellschaft nach dem BGB. Diss. Erlangen 1910.

Güthe, Georg, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 2 Bde. 2. Aufl. Berlin 1911.

Habermann, Friedr., Das Ausscheiden eines Mitgliedes aus der Gesellschaft des BGB., den Handelsgesellschaften und den eingetragenen Genossenschaften. Diss. Heidelberg 1908.

Heinsheimer, Karl, Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau bei dem ordentlichen gesetzlichen Güterstande des BGB. f. d. Dtsch. R. In Abhandl. z. Privatr. u. Zivilprozeßrecht herausg. v. Otto Fischer, Bd. 10. Jena 1910.

Hellwig, Konrad, Anspruch und Klagerecht. Jena 1920.

Herbst, Bernhard, Die Haftung der Gesellschaft nach dem BGB. f. d. Dtsch. Reich unter Berücksichtigung der Haftungsverhältnisse bei den übrigen nach dem Prinzip der Gesamthand geregelten Gemeinschaften des BGB. Diss. Göttingen 1926.

Heß, Walter, Verpflichtungsgeschäfte über Gesamtgut, insbes. die sog. Gesamthandsschuld. Diss. Erlangen 1911.

Heusler, Andreas, Institutionen des deutschen Privatrechts. In Bindings Handb. d. dtsch. Rechtswiss. 2. Bde. 1885, 1886.

Hoeniger, Heinr., Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge. I: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim 1910.

Hölder, Natürliche und juristische Personen. Leipzig 1905.

Hölder, Problem der juristischen Persönlichkeit. In Jherings Lehrb. f. Dogmatik. Jena 1903. Bd. 53.

Huber, Eugen, System und Geschichte des Schweizer Privatrechts. Bd. 1 u. 3. Basel 1886.

Huber, Max, Die Gemeinderschaften der Schweiz auf Grundlage der Quellen dargestellt. Breslau. Gierkes Unters. H. 54. 1897.

Hübner, Rudolf, Deutsches Privatrecht. 4. Aufl. Leipzig 1922.

Husserl, G., Rechtssubjekt und Rechtsobjekt. Im Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Berlin 1922. Bd. 22.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. Bd. I u. II. 5. Aufl. 1916.

Joerges, Ernst, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht. In d. Ztschr. f. d. ges. Handelsr. (Goldschmidt). Bd. 49, S. 140 ff.; 1900. Bd. 51, S. 47 ff.; 1902.

Kallfalz, Hermann, Eigentumsübergang behufs Vergemeinschaftung zwischen Gesellschaften. Diss. Erlangen 1898.

Kannengießer, Kurt, Das Wesen der Gesamthand. Diss. Lpzg. 1914.

Kaufmann, Hannes, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen, in Abhandl. z. Privatr. u. Zivilproz. Bd. 22. München 1912.

Kattausch, Karl, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen. Diss. Gießen 1911.

Kinsberg, Paul, Die Gesamte Hand im Gesellschaftsrecht. Diss. Leipzig 1912.

Kipp, Theodor, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Erbrecht. Marburg 1921. 1928.

Knoke, Paul, Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB. Jena 1901.

Knoke, Paul, Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Arch. f. bürg. R. Bd. 20. Berlin 1895. S. 170 ff. (Eintritt).

Kohn, Richard, Die Gesellschaftsschulden nach BGB. und Handelsrecht. Diss. Erlangen 1907.

Krech, Fritz, Die Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschuld nach dem gemeinen bürgerlichen Recht und dem Recht des BGB. Diss. Greifswald 1900.

Kretzschmar, Ferdinand, Einführung in das Grundbuchrecht. Bd. II. Leipzig 1903.

Kruckmann, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht. Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 103. Tübingen 1908.

Kühne, Walter, Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft. Diss. Jena 1901.

Ladenburg, Sind Handelsgesellschaften juristische Personen? In Arch. d. Wechsel- u. Handelsr. Bd. X. 1861.

Laband, Paul, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaft. In Goldschmidts Ztschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 30 u. 31. Stuttgart 1885.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1902.

Leist, B. W., Zur Geschichte der römischen Societas. Jena 1881.

Leske, Franz, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Preuß. Allg. Landrechts. Bd. I. Berlin 1900.

Marquardt, Joachim, Römische Staatsverwaltung. Bd. II. Lpzg. 1876.

Mendel, Paul, Die Haftung der Gesellschafter nach dem HGB. für das Deutsche Reich. Diss. Leipzig 1915.

Meurer, L., Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. 1901.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1888.

Mugdan, Materialien zum BGB. Berlin 1899.

Nagler, Johannes, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte. Im Sächs. Arch. f. bürg. R. u. Prozeß. Bd. 10, S. 695 ff. Lpzg. 1900.

Neudegger, Max, Die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches im Grundbuchrecht. Im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 34. 1909.

Obernek, H., Das Reichsgrundbuchrecht. 3. Aufl. Berlin 1904.

Oertmann, Paul, Das Recht der Schuldverhältnisse. 3/4. Aufl. Berlin 1910. Auch 1. Aufl. 1899.

Planck, Kommentar zum BGB. 4. Aufl. Berlin 1928.

Predari, Die Grundbuchordnung. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des BGB. Berlin 1895.

Rabel, Ernst, Grundzüge des römischen Privatrechts in Kohlers Enzykl. d. R. 7. Bearbeit. d. 2. Aufl. 1915.

Rau, Alfred, Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft nach dem BGB. Diss. Lpzg. 1909.

Reichsgerichtsräte-Kommentar. Das BGB. mit bes. Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 6. Aufl. Berlin 1928.

Rocholl u. Niedner, Vorschläge zur Abänderung des Entwurfs für das BGB. Breslau 1891.

Schönfeld, Walter, Über den Begriff einer dialektischen Jurisprudenz. Greifswalder Universitätsreden. Bd. 20. Greifswald 1929.

Schmidt, G. A., Handelsgesellschaften in den deutschen Stadtrechtsquellen des M.A.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1904.

Schulz, Karl, Gemeinschaft und Miteigentum. Breslau 1924.

Seeler, v., Die Lehre vom Miteigentum nach BGB. Halle 1900.

Sohm, Rudolf, Der Gegenstand. In Beitr. z. Bürg. Recht. Festgabe f. H. Degenkolb. Leipzig.

Sohm, Rudolf, Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Arch. f. b. R. Bd. 28. Berlin 1903.

Sohm, Rudolf, Der Gegenstand. Jherings Jahrb. f. Dogm. 53. Jahrg. 1908.

Staub, Kommentar zum HGB. 12. Aufl. 1926.

Staudinger, J. v., Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. Bd. II, 2, 7./8. Aufl. München 1912. 9. Aufl. 1929.

Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Tübingen 1925. Bd. 2.

Steinlechner, Paul, Das Wesen der iuris communio. Bd. II. Innsbruck 1878.

Stemmler, Rudolf, Unbestimmtheit des Rechtssubjekts. Hießen 1907.

Stobbe, Otto, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts. Leipzig 1855.

Stobbe, Otto, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 3. 3. Aufl. Berlin 1903.
Stobbe, Otto, Miteigentum und Gesamthand. In Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. 4. Weimar 1864.
Strohal, Emil, Erbrecht. 3. Aufl. Berlin 1914.
Thamm, Waldemar, Ausscheiden und Eintritt eines Gesellschafters in die Gesellschaft des BGB. Diss. Breslau 1919.
Thöl, Handelsrecht. Bd. I. Leipzig 1879/80.
Tuhr, v., Andreas, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Bindung, Syst, Handb. X, 1. 1. Leipzig 1910.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 2. Aufl. Bd. I und Bd. II. Paderborn 1903.
Ullmann, Friedrich, Die Rechtsstellung des Gesamthänders zum Gesamthandsvermögen. Diss. Leipzig 1914.
Vogl, S., Verträge über das BGB. München 1898.
Walsmann, Hans, Der Verzicht. Leipzig 1912.
Weiland, J. D., Struktur und Rechtssphäre der Gesellschaftsschulden und gesellschaftsähnlichen Verbindlichkeiten im BGB. Diss. Würzburg.
Wertheimer, Ludwig, Entwicklungstendenzen im deutschen Privatrecht. Tübingen 1928.
Wieland, Karl, Handelsrecht in Bindings Handb. d. dtsch. Rechtswiss. III. I. Teil, Bd. I. D. kaufm. Untern. u. d. Handelsges. München u. Leipzig 1921.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bearbeitet von Kipp. 3. Aufl. Berlin 1874.
Wippermann, Über Ganerbschaften. Wiesbaden 1873.

Der Plan ist der Vorwurf jeden Werks, die juristische Fassung die Wabe alles praktischen Schaffens. Zwei Wege führen zu dieser Form: Kritik des Bestehenden und Fortentwicklung geschichtlicher Form.

# Einleitung.

Sozial ist das große Schlagwort unserer Zeit. Wir müssen es richtig verstehen, es heißt nicht mathematische Gleichstellung. Es soll bedeuten Verbundenheit. Die nationale und geopolitische Zusammengehörigkeit soll sich äußern in praktischer, wirtschaftlich genossenschaftlicher Verbundenheit der Lebensinteressen.

Im Recht bedeutet es das Durchsetzen germanischer Gemeinschafts- gegen römische Individualbegriffe. Unsere mit fremden Ideen infizierte Zeit will die Lösung, die in der Einheit gemeinschaftlicher Prosperität mit dem wirtschaftlich genossenschaftlichen Interesse liegt, nicht sehen. Sie sucht den Weg in dem auf individualrechtlicher Grundlage geführten Machtkampf über die Klasse, im Ausbau des Arbeits- statt des Gesellschaftsrechts, nicht bedenkend, wie eng wir zu Elend und Glück verkettet sind.

Größe der Aufgabe und Erkenntnis beschränkter Kraft des einzelnen haben stets die Menschen zusammengeführt. Aber die Erkenntnis ist notwendig, die Erkenntnis von der Überlegenheit gemeinschaftlich getaner Arbeit, und daß es stets möglich ist, derartige Formen der Zusammenarbeit zu finden. Das Recht hat sich von einer gewissen Entwicklungsstufe ab mit der Ausbildung dieser Form des Zusammenarbeitens beschäftigt. Die allgemeinste Norm, die es dafür geschaffen hat, lautet: Mehrere Personen verbunden zur Verwirklichung eines gemeinsamen Zweckes. Statt von dieser allgemeinsten Formulierung der Gesellschaft aus weiter zu schreiten und sie in genossenschaftlich wirtschaftlichem Sinne auszubauen, haben wir uns in römisch-rechtlichen Gesellschaftsformen verfangen.

Diese Gefahr war sehr naheliegend. Kam doch die römische Form weit mehr als unsere germanische durch ihre ausgebaute und theoretisch fundierte Grundlage der stärksten Forderung der Praxis nach Verkehrsfähigkeit entgegen. Sie schuf eine große Klarheit der Zuständigkeit.

Was ihr fehlte, fehlen mußte, war das Moment der Konsolidation, das genossenschaftliche Moment. Man versuchte zwar durch gesetzliche Bestimmungen auszugleichen, aber der Charakter eines Rechtsinstituts läßt sich nicht durch Einzelbestimmungen ändern. Dies mußten Hilfsmittel bleiben, und die große Reaktion trat ein.

Hätte diese Entwicklung nicht vermieden werden können, wären wir den germanischen Weg, unseren Weg, gegangen? Er hätte die Gewähr einer Konsolidation in genossenschaftlichem Sinne in hohem Maße geboten. Aber die Versuche der Einführung der Gesamthand hatten bisher wenig Erfolg. Den gesamthänderischen Formen des Gesellschaftsrechts fehlt die ausgebaute Grundlage. Die germanische Form versagt weitgehend in bezug auf die Klarheit der Zuständigkeit und damit auch die Verkehrsfähigkeit.

Unklarheit herrscht dabei speziell in bezug auf die Zuständigkeit der dinglichen Rechtslage. Der tiefere Grund davon ist die uneinheitliche Struktur unseres Rechtssystems überhaupt, das Zusammenstoßen von römisch-rechtlichen und deutsch-rechtlichen Begriffen. Römisch-rechtlicher Eigentumsbegriff — gegen Gesamthand, der wiederum der deutsch-rechtliche Eigentumsbegriff zugrunde liegt.

Die Praxis gerade der Gesellschaft des BGB. und der O.H.G. hat hier schon manche Fragen aufgeworfen[1]). Die Theorie hat versucht, zu einem klaren Bild zu kommen[2]). Es ist noch nicht gelungen. Darin liegt hauptsächlich die Unpopularität der Gesellschaft des BGB. und die großen Mängel der O.H.G.

Im folgenden soll versucht werden, an dieser schwächsten Stelle der Gesamthand, der Unklarheit der Zuständigkeit und der Verkehrsfähigkeit, ihre Grundlagen auszubauen, ihre ideelle Fundierung verbreitern zu helfen, und zwar an dem Untersuchungsthema: „Die dingliche Rechtslage in der Gesellschaft des BGB. und ihre Veränderung durch das Ausscheiden eines Gesellschafters."

---

[1]) In der Praxis ist die Frage der dinglichen Rechtslage öfter erörtert worden und zwar hauptsächlich bei Gelegenheit des Streits um den Eigentumsübergang von Gesamthandsgrundstücken und den sich daraus ergebenden Folgerungen in Hinsicht auf § 313 BGB. und die Steuergesetzgebung.

s. Wolff § 60, 2; Seuff. Arch. Bd. 20, S. 100; Güthe I, S. 480; Sächs. Arch. 5, S. 144; Bank-Arch. Bd. 21, S. 193 u. 340; R.Abg.Ordn. Anm. 2 zu § 80; RGE. 25, 256; 56, 97; 65, 227; 68, 417.

[2]) s. unten S. 28 ff.

Um dabei römisch-rechtliche und germanische Gedanken scheiden zu können, zu sehen, was an unserer heutigen Gesellschaft römisch- und deutsch-rechtlich ist, soll erst auf die Geschichte der römischen Societas und der Gesamthand eingegangen werden. Zum Schluß soll versucht werden, eine den obigen Forderungen entsprechende germanisch-rechtliche Form zu finden.

Hierbei wird von größtem Interesse sein, wie das germanische Recht von sich aus mit seinen Methoden bei fortschreitender Entwicklung den oben gestellten Forderungen gerecht zu werden suchte. Um hier eine reine Form zu erhalten, muß vor der Rezeption am besten der Zeitpunkt beobachtet werden, als für das germanische Recht die Frage der Verkehrsfähigkeit, des Gegensatzes — hie Freiheit des einzelnen — hie Wahrung des Gesamtinteresses — am stärksten geworden war. Die aus den Frühformen gezogenen Methoden müssen auch auf die weiter entwickelte, gereinigte Form anwendbar sein. Dies soll bei Betrachtung der Geschichte der Gesamthand und bei den Folgerungen daraus beachtet werden.

---

# Vorbereitender Teil.

## § 1. Römische societas.

Dem Thema gemäß soll sich die Untersuchung der römischen Gesellschaft ausschließlich auf die societas beschränken[1]). Der Begriff der Sozietät als einer Vermögensgemeinschaft hat sich den Römern auf Grund zweier wohl schon in recht alte Zeit zurückgehender Vermögensverhältnisse formiert: des geschwisterlichen Konsortiums und der patronatischen Strafsozietät[2]). Beide waren societates omnium bonorum. Erstere ist entstanden aus der Hausgenossenschaft der ungeteilt fortwirtschaftenden Brüder (consortium), dem Obsequiumsverhältnis der liberi et parentes, erweitert durch die secta der Cognaten (vgl. die Socii-Verhältnisse der Bundesgenossen[3]), wobei dann die Beziehungen der fratres consortes zueinander direkt societas genannt wurde. Die Teile der Sozietät stellten dabei direkt die Erbquoten dar. Das Verhältnis erlischt mit dem Tode und der capitis deminutio jedes Gesellschafters[4]). Am nächsten steht dem consortium die allgemeine Gütergemeinschaft[5]). — Das zweite war ein zum Zweck der eventuellen Bestrafung Freigelassener eingegangenes Verhältnis. Es entfernte sich zwar weit vom Fraternitätselement, brachte aber vor allem die societatis actio zur Gestaltung.

Noch aber fehlt dem Sozietätsbegriff ein weiteres Element, das des Handelsgeschäftes, sei es im Sinne einer fortlaufenden gemeinsamen Geschäftsführung, sei es in dem eines einzelnen Geschäftsaktes. Das

---

[1]) D. 17. 1. 59 u. 46. 1. 22.

[2]) Vgl. Leist, Geschichte d. röm. sociatas.

[3]) Gebet und Opfer des Scipio i. J. 548. Liv. XXIX, 27.

[4]) Gaj. 3, 125.

[5]) Rabel, S. 46.

[6]) Vgl. die Untersuchungen Karol Salkowskis; vgl. Marquard, Staatsverwaltung II.

historische Mittelglied ist in der Ausbildung der Publikanensozietät nachweisbar[6]). Die zu ersterem Zweck Zusammentretenden waren die Vectigalienerheber, die allmählich die Stellung von verfassungsmäßig geordneten Korporationen einnahmen. Diese letzteren waren Gesellschaften, die mit dem Staat zur Übernahme von einzelnen Armeelieferungen oder von Bauten kontrahierten. An sie knüpft sich die Entwicklung der freien Privatsozietät, welche dann von den Pandektenjuristen die sorgfältigste theoretische Durchbildung erhalten hat.

Bis hierher läßt sich mit großer Deutlichkeit eines beobachten. Die Grundlage des Gesellschaftsrechts basiert rein auf gemeinschaftlichen Interessen, sowohl bei den Cognaten wie auch bei den Vectigalienerhebern. Das erste Moment, das das Individualrechtliche betont, ist das pepigisse, das sich auf eine reine Interessenkonstruktion zurückführen läßt. Die weitere Ausbildung, die diese Urformen erhielten, wird im folgenden die bewußte Gestaltung entsprechend den völkischen Charakterbedingungen zeigen.

Nach dem römischen Recht begründet der Gesellschaftsvertrag nur Verbindlichkeiten der Gesellschafter untereinander (nach innen), die rein obligatorischen Charakter tragen[7]). Die Gesellschaft trat nach außen hin nicht in die Erscheinung, z. B. waren die Schulden nicht Schulden der Gesellschaft, sondern der Mitglieder. Sie belasteten diese unmittelbar[8]). In ihrer gegenseitigen Pflicht zur Erreichung des gemeinsamen Ziels vertragsmäßig beizutragen, liegt die einzige Gewähr für die Erreichung dieses Zweckes. Jeder Sozius hat dazu einen Beitrag in Diensten oder Vermögenswerten zu leisten[9]). Der Anteil jedes Gesellschafters ist gleich[10]). Da die societas nicht selbständiges Rechtssubjekt ist, hat sie kein selbständiges Gesellschaftsvermögen, das von dem übrigen Vermögen der Gesellschaft besonders Dritten gegenüber rechtlich getrennt wäre. Vielmehr kommen die Vermögensgegenstände (bona societatis), die infolge des Vertrags oder durch gemeinsamen Erwerb den Gesellschaftern gemeinschaftlich geworden sind, den einzelnen nach rechnungsmäßig bestimmten Anteilen (pro rata) zu[11]). Diese bilden einen

---

[7]) Vgl. Knoke II, § 2.
[8]) Oertmann, Vorbem. A zu Tit. 14.
[9]) D. 4. 37. 1.
[10]) Rabel, S. 366 § 69.
[11]) D. 3. 25. 1.

Bestandteil des Privatvermögens des Gesellschafters[12]). Zu diesem gehören als Passiva auch die gemeinschaftlichen Schulden, und zwar haftet ein jeder nur auf einen entsprechenden Teil, wenn nicht bei Begründung der Verbindlichkeit mit dem Gläubiger eine korreale Haftung vereinbart ist[13]). Jeder Gesellschafter kann über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen verfügen[14]). Er kann jederzeit Teilung verlangen. Er muß aber den Ausschluß der Teilung gegen sich gelten lassen[15]). Gewinn und Verlust werden nach dem Verhältnis der Einlagen getragen[16]). Zwar wird jeder Gesellschafter durch den Gesellschaftsabschluß verpflichtet, über seinen Anteil nur zugunsten der Gesellschaft zu verfügen, seinen Anteil für die Zwecke der Gesellschaft disponibel zu halten, doch ist diese Bindung nur eine obligatorische. Eine einmalige Übertragung an Fremde war rechtsgültig. Diese Übertragung hatte natürlich Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Wie die Übertragung eines Gesellschaftsanteils muß auch der Tod eines der Kontrahenten die Verbindung[17]) der Gemeinschaft lösen, ebenso die Kündigung, wie es auch in den Institutionen ausdrücklich gesagt wird. (Die römischen Quellen sprechen zwar von einer Abmachung, wonach die Gesellschaft trotz Ausscheidens einzelner fortbestehen kann, die theoretische Seite wird aber außer acht gelassen[18]). Es gab keine Rechtsnachfolge in der Gesellschaftsstellung, denn kontrahiert war mit certa persona[19]).

Mit dem Erwerbe eines Anteils waren ja keinerlei Rechtsbeziehungen vorhanden. Die Aufnahme in das Gesellschaftsverhältnis war also nur kraft eines neuen Vertrages aller Gesellschafter möglich. An den angezogenen Stellen darf man aus dem Nachsatze „nisi in coeunde societate aliud convenerit“ nicht etwa folgern, daß auch die Römer schon eine Fortsetzung der alten Gesellschaft für möglich hielten; betrachten wir vielmehr den rein obligatorischen Charakter der societas, so kann man nicht zweifeln, hierunter zu verstehen, die Gesellschafter könnten unter

---

[12]) s. Windscheid-Kipp, Lehrb. d. Pandektenrechts, Bd. II, S. 738 ff.

[13]) s. Knoke, D. R. d. Ges., S. 3.

[14]) Ehrenberg, S. 225.

[15]) Anderer Ansicht in wesentlichen Teilen ist Adler.

[16]) I, 23; D. 17, 2.

[17]) Papinian I, 52 § 9 D. 17, 2.

[18]) I, 58, D. 17, 2. Da sie nur einen speziellen Fall behandelt, kann sie nicht als entscheidend bezeichnet werden.

[19]) I 59. pr. D. 17, 2 = I, 58, 3; D. 17, 2.

gewöhnlichen Umständen vereinbaren, daß nach dem Tode eines Mitglieds gleich wieder ein neuer Gesellschaftsvertrag unter den Überlebenden geschlossen werden kann, ja ein Eintritt eines Erben wird sogar an den verschiedenen Stellen ausdrücklich für unmöglich erklärt.

Wie wir gesehen haben, ist die römische societas ein äußerst sprödes Gebilde[20]). Die Bewegungsfreiheit des einzelnen ist praktisch unbeschränkt. Der streng persönliche Vertragscharakter beraubt sie jeder Möglichkeit der Fortdauer. Das einzige erhaltende Moment ist die actio pro socio[21]) gegen arglistige oder unzeitgemäße Kündigung. Von einer Konsolidierung der Gesellschaft, einer Sicherung oder Wahrung des Gesellschaftszweckes kann bei ihrer rein individualistischen Einstellung keine Rede sein. Gemeinsame Momente sind auf das unumgänglich Notwendigste beschränkt. Nach innen macht sie zwar die Bedingbarkeit der Höhe der Anteile etwas elastischer. Ihr Vorteil, der aus ihren individualistisch-formalistischen Grundsätzen hervorgeht, ist die durch den Bruchteilsanspruch geschaffene große Klarheit in den Besitz- und Auseinandersetzungsverhältnissen.

## § 2. Die Gesamthand.

Nun zur germanischen Gesellschaftsbildung.

Ähnlich wie beim römischen Recht lassen sich beim germanischen die ersten Gemeinschaftsformen im ganzen auf die Sippe, den Geschlechtsverband, zurückführen. Hier liegt der Keim alles genossenschaftlichen Wesens. Im Geschlechtsverband zeichnen sich bald den Aufgaben entsprechend körperschaftliche und gesellschaftliche Bildungen ab. Eine scharfe Trennung war ursprünglich nicht vorhanden, und Verband und personenrechtliche Gemeinschaft gingen ineinander über.

Als die älteste Form dieser Personengemeinschaft, aus der sich die Gesellschaft entwickelt hat, ist die Hausgemeinschaft[22]) anzusehen. Sie tritt in der Form der Gemeinderschaft zur gesamten Hand auf. Nach dem Tode des Familienhauptes führen die Kinder die bisherige Wirtschaft, ohne Erbteilung vorzunehmen, weiter. Sie bleiben im gemeinsamen Haus-

---

[20]) s. Dubi, Abhandl. z. Schweiz. R. 40, 1910, S. 8.

[21]) D. 17, 2; 65, 3.

[22]) s. Gierke, Ztschr. f. Rechtsgesch., Bd. XII, § 485 ff.; Brunner, Rechtsgesch. I, 78, Anm. 57; vgl. auch Huber, Schweiz. Privatr. IV, §§ 121, 128, 140.

halt zur gesamten Hand sitzen „in einem Rauch und Brot“[23]). Eine solche Gemeinschaft von Ganerben[24]) (coheredis) konnte längere Zeit und sogar durch mehrere Geschlechtsfolgen fortgesetzt werden. Ihre fest in sich geschlossene Form erhält die Gemeinschaft durch die gegenseitige organische Bindung der Mitglieder dadurch, daß in ihre Lebensordnungen ein Stück gemeinsamer Lebensordnung tritt[25]). Dieser Mittelpunkt ist das Vermögen oder der Landbesitz. Verfügungen, die dieses Gesamtgut anbetrafen, konnten nur durch das Zusammenhandeln aller Mitberechtigten wirksam werden. Sie mußten mit verbundenen Händen, „conjuncta manu“, das Rechtsgeschäft vollziehen. So bildeten die nach innen interessengebundenen Gesellschafter auch nach außen eine geschlossene Einheit[26]).

Die Grundlage, auf der sich die Gesamthand entwickeln konnte, ist die Übernahme eines geschlossenen Bodenkomplexes zu gemeinschaftlicher Nutzung durch die Familie.

Nach dem damaligen Eigentumsbegriff war Träger des Eigentums die Gesamtheit. Der Grund und Boden war in Form von Landlosen, in geschlossenen Komplexen zur Nutzung ausgegeben. Bei der Verteilung dieser Lose wurden die einzelnen Haushaltungen[27]) als Aufnahmeorganisationen benutzt, jede hatte Berechtigung auf Nutzung eines solchen Landloses[28]). Sie erhielt es nicht als Eigentum, dieses blieb der Gesamtheit, sondern lediglich zur Nutzung. Wenn in der Folgezeit das Los nun im Familienbesitz blieb, keine Neuumteilung vorgenommen wurde, so konnten die Söhne im Erbfall das Stück nicht einfach in natura teilen. Es war ja nicht Eigentum, sondern lediglich der Familie im ganzen zur Nutzung überlassen. Es konnte also nur im ganzen von der verbleibenden Familie weitergenutzt werden. Wenn auch keine neue Verteilung vorgenommen wurde, war die der Neueinteilung zugrunde liegende Anschauung über das Recht an Grund und Boden noch immer so weit wirksam, daß das Besitzrecht nicht zum Eigentum, zum dinglichen Recht im heutigen Sinne erhärten konnte. So war es „ein (Familien-)Besitz“, und

---

[23]) Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. I, S. 635.
[24]) M. G. Cap. I, 380. Vgl. auch Hübner I, S. 140.
[25]) s. Gierke, D. Privatr. I, S. 661.
[26]) s. Gierke I, S. 676, 682, 684.
[27]) Heusler I, S. 227.
[28]) Hübner, S. 120.

die ursprünglichen Gemeinderschaften sind organisch in Anlehnung und aus der Eigenart, mit der Wandlung des Eigentumsbegriffes am Grund und Boden gewachsen. Man könnte mit einiger Übertreibung sagen, das Vermögen war bei ihnen das Primäre. Im Anschluß daran bildete die Gesamthand eine reine Zweckgemeinschaft. Man wird in sie hineingeboren, gehört ihr kraft Personenrechts an. Ihr fehlt jeglicher Vertragscharakter, Willensäußerung ist erst erforderlich, um auszutreten. Dagegen hatte der Tod eines Gemeinschafters keine weiteren Folgen. testamentarische Verfügung war ausgeschlossen[29]). Eine Quotenteilung in irgendeiner Beziehung trat während des Bestehens so gar nicht in Erscheinung, denn die Nutzung beruhte fast ausschließlich auf gemeinsamer Arbeit. Bei dieser Arbeit ließen sich zahlenmäßige Quoten nicht gut errechnen. Wohl deshalb kam es in der Gemeinschaft gar nicht darauf an, ob eine Familie einzeln oder mit zahlreichen Mitgliedern am Gesamtgute teilnimmt[30]). Austritt, Abschichtung[31]) war wohl möglich, Veräußerung ausgeschlossen[32]). Man konnte von dem wanderlustigen Germanen nicht verlangen, ewig Wohnsitz und Arbeit zu teilen. Was wuchs dem Verbleibenden an? Lediglich größere Nutzung, aber auch nur auf Grund einer entsprechend größeren Arbeitsleistung. Das Gut selbst war nicht frei, es war an die Zwecke der Familie gebunden[33]), stellte durch diese Bindung keinen mobilisierbaren Wertfaktor dar. Ein bewertbares Veräußerungsobjekt war somit gar nicht gegeben[34]).

Eine allmähliche Änderung trat langsam ein durch die Mobilisierung von Grund und Boden, die Ausbildung von Sondereigentum, die Entwicklung des Erbrechts. Sondereigentum, das verhältnismäßig schon sehr früh als Kriegsbeute und Geschenk zu finden ist und dann auch in der Form des eingebrachten Frauengutes auftritt[35]), half den Begriff des Gesamtgutes zu zerstören, ließ das Moment des Teilbesitzes entstehen. Es gab dem einzelnen Eigentumsrechte gegenüber der Gemeinschaft, also

---

[29]) Vgl. Huber, Gesch. d. schweiz. Gemeinderschaften, S. 3 ff.

[30]) Vgl. Huber, ebenda S. 3.

[31]) Lex Baiuv. I, 1. L. Burg I, 2.

[32]) Vgl. Aachener Cap. v. 818 oder 819 e 6, Sächs. Lehnrecht 32, § 3; s. Heusler 238, Boretius I, 282.

[33]) Huber, S. 3.

[34]) Vgl. Brentano, S. 6 u. 7.

[35]) Vgl. Cohn, S. 71.

„Sondergut“. Die fortschreitende Entwicklung des Erbrechts zusammen mit der Tatsache, daß aus dem Nutzungs- allmählich ein Eigentumsrecht an dem Grund und Boden geworden war, gab den Erben allmählich einen festen Rechtstitel in die Hand und schwächte so den ursprünglichen organischen Bindungscharakter in einen auf vertragsmäßiger Basis beruhenden ab[36]). Dies mit der Mobilisierung des Grund und Bodens zusammen gab dem einzelnen die Möglichkeit, durch seine Abschichtung einen wirklichen Anteil[37]) am Gesamtgut, auch am Grund und Boden, zu erhalten. Diese Teilungen nannte man Tot-Teilung oder Watschar. So ist eine Lösung von dem ursprünglichen Zweck der Gemeinderschaft, der Erhaltung und Nutzung des Familienbesitzes erfolgt, und die Gesamthandgemeinschaft ist lediglich noch eine Frage der Vorteilhaftigkeit des Zusammenbleibens. Aber weit entfernt mit der eigentlichen Daseinsberechtigung als familienrechtliche Gemeinderschaft unterzugehen, hat sich das Institut erhalten, es ist lediglich in anderen Erscheinungsformen aufgetreten, hat sich um andere Zwecke gruppiert.

Wir finden in der Folgezeit so ausgeprägt einmal die bäuerlichen Gemeinderschaften. Sie bieten in der Entwicklung nichts Neues.

Daneben kommen die sog. ritterlichen Ganerbschaften[38]) auf. Hier wurden nach innen Teilungen vorgenommen, ohne doch den Vorteil einheitlichen Familiengutes nach außen preiszugeben. Praktisch wurde so die Watschar, die Tot-Teilung, vermieden, lediglich Mutschierung vorgenommen. Das war nichts anderes als die alte Nutzungsteilung in juristischem Kleide, ein Fortschreiten der oben gekennzeichneten Entwicklung.

Die Ganerbschaften sind die für uns interessanteste Bildung. Ein Muster, wie das deutsche Recht von sich aus einen Weg fand, sich in rein germanisch rechtlichem Sinne unter Wahrung des genossenschaftlichen Elements mit der Verkehrsfrage, der Frage des Sondereigentums, der Zuständigkeit, auseinanderzusetzen.

Auch es löst diese Frage im Sinne einer Individualisierung. Aber längst nicht in dem weitgehenden Maße wie das römische Recht.

Das römische Recht teilte radikal einfach die Sache in Teile auf.

---

[36]) Vgl. Huber, S. 8.

[37]) Cohn, S. 69; Heusler I, S. 329, N. 7.

[38]) Vgl. Hübner, S. 142; Heusler, S. 232.

Das germanische Recht ließ das gemeinschaftliche Eigentum am Gesamtgut bestehen. Es teilte nur die Nutzung auf.

Es ist nur die Fortsetzung des Weges der ursprünglichen Gemeinderschaften, dessen Methode uns erst jetzt in seiner juristischen Fassung recht zum Bewußtein kommt. Wir werden bei unserer Betrachtung des geltenden Rechts auf diesen Lösungsversuch zurückzukommen haben.

Bei Durchführung dieser sog. „Mutschierung" wurde, wenn möglich, auch eine Teilung des Wohnsitzes vorgenommen. Wenn nicht verschiedene Edelsitze zu Gebote standen, so wurde die Burg doch nach verschiedenen Flügeln getrennt bewohnt. Die Erbfolge war ausdrücklich im Sinne der Gesamthand geregelt. Die Anteile waren ferner unveräußerlich oder nur beschränkt veräußerlich.

Solche Gesamthandsverhältnisse wurden auch durch Gesamtbelehnungen begründet, indem Lehen an verschiedene Familien zur gesamten Hand ausgegeben wurden. Auch Fremde, die einander nichts angingen, traten seit dem 13. Jahrhundert in Ganerbschaften als „Burgfrieden, Stammvereine", „affratatio"' zusammen, um die Vorteile solcher Gemeinderschaften sich gegenseitig zuzuwenden[39]).

Hier tritt uns das erstemal der Fall gegenüber, daß die Gesamthandsgemeinschaft nicht im Anschluß an einen schon gegebenen Zweck, sondern rein konstruktiv ihrer Vorteile wegen vertragsmäßig abgeschlossen wurde.

Damit erst ist die Gesamthand von einem Rechtsinstitut zu einem Rechtsprinzip geworden. Ihre einzelnen Erscheinungsformen wachsen nicht mehr aus wirtschaftlichen Grundbedingungen hervor, sondern sind davon abgezogen und zu einer Form geworden, die sich auf jede beliebigen Zwecke anwenden läßt. Tatsächlich können wir auch aus dieser Zeit die ersten vertragsmäßigen allgemeinen Gesamthandsgemeinschaften zu Handelszwecken im Gebiete des lübischen Rechtes, in Rostock und Stralsund, finden[40]).

Die sog. Erbverbrüderungen des hohen Adels (seit dem 14. Jahrhundert) gaben die gemeinschaftliche Verwaltung ganz auf. Sie bedeuteten nur noch eine sehr abgeschwächte Form der Verfügung zur gesamten Hand, denn die unter gemeinsamer Symbolik vorgenommenen Rechtsakte deuteten nur noch juristisch auf eine Vermögensvereinigung hin.

---

[39]) s. Wippermann, S. 7 ff.

[40]) s. Schmidt, S. 43.

Praktisch lag nur ein Erbvertrag (Anwachsung im Erbfall) vor. Tatsächlich waren in dieser letzten Entwicklungsform, zu der es die Gesamthand brachte, die Ansichten schon stark durch die mit der Rezeption eindringenden Grundsätze des römischen Vereins- und Gesellschaftsrechtes durchtränkt.

Mit der Rezeption des römischen Rechts erlag die deutsch-rechtliche Gesellschaft der römischen societas. Das Eindringen römischer Formen spielte sich aber keineswegs gleichmäßig ab. Im bürgerlichen Recht trug die societas einen vollständigen Sieg davon. Die Theorie ordnete die im Leben fortbestehenden Formen des Gemeinschaftseigentums in ihre Kategorien ein, obwohl sie praktisch noch Modifikationen des germanischen Rechts zuließ, die besonders noch in den Partikularrechten bestanden.

Die Gesellschaft des gemeinen Rechts wird so zu einem rein obligatorischen Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern, das Dritten gegenüber keinerlei Wirkungen äußert. Anders dagegen im Handelsrecht. Hier kann man auf die Dauer nicht von eigentlichem Verdrängen der germanischen Grundlage sprechen, dessen Eigenheit vielfach kraft Gewohnheitsrechts gewahrt wurde. So bahnte sich jener einschneidende Gegensatz an, der noch heute das HGB. als außerhalb des BGB. stehendes Recht abgespalten hat.

Auch die neueren Gesetzbücher[41]) hielten, obschon sie im einzelnen das Recht des Gesellschaftsvertrages im Sinne einer stärker verbindenden Wirkungskraft fortbildeten, meist prinzipiell am römischen Sozietätsbegriff fest. Erst das Ende des 17. Jahrhunderts brachte mit Unterstützung des Naturrechts ein Erwachen der germanischen Rechtsanschauungen. Als Folge stellte sich das preußische Allgemeine Landrecht grundsätzlich auf den Boden des deutschen Rechts[42]). Das Gesamteigentum erhielt als die rechtliche Form des Gemeinschaftseigentums seine Durchbildung.

Noch viel entschiedener als das A.L.R. wendet sich das Allgemeine D.HGB. bei der Regelung der O.H.G. dem deutsch-rechtlichen Standpunkt

---

[41]) Code civil a. 1832—1873, Österr. GB. §§ 1175—1216, Sächs. GB. §§ 1352—1391. Schweiz. O.R.A. 524—551 („einfache Gesellschaft"); anders z. T. jetzt A. 530—551 (vgl. besonders die veränderte Fassung des Art. 544).

[42]) Preuß. A.L.R. I, 17, §§ 169—210. Von Gemeinsch., welche durch „Vertrag entstehen".

zu. In ihm kommt der deutsch-rechtliche Gesellschaftsbegriff voll zum Durchbruch. Im Art. 111 erkennt es der O.H.G. die Möglichkeit zu, unter ihrer Firma Rechte zu erwerben, Verbindlichkeiten einzugehen, Eigentum und andere Rechte an Grundstücken zu erwerben, vor Gericht zu klagen und verklagt zu werden. Art. 119—132 führen die Trennung des Gesellschafts- vom Privatvermögen der Gesellschafter durch. Konkurs über das Vermögen der O.H.G. ist zugelassen.

Anfangs wurde diese Erscheinung mißdeutet. Aus der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens schloß man auch auf die der Rechtsgeschäfte und legte der O.H.G. juristische Person bei[43]). Erst allmählich gelangte die richtige Ansicht zur Herrschaft, die die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens auf das Prinzip der Gesamthand zurückführt[44]). Eine weitere Anerkennung fand dieses Prinzip dann im § 44 KO.

Im Gegensatz zu dieser Entwicklung beharrte der unter Windscheids Leitung zustande gekommene Entwurf erster Lesung des BGB. auf dem römischen Standpunkt. Er hat die Beseitigung der inneren Zwiespältigkeit des Gesellschaftsrechts nicht unternommen und ließ so die Verläßlichkeit allen Rechtes außer acht. Nach dem Entwurf waren die Gesellschafter nur obligatorisch in der Verfügung über ihren Anteil gebunden. Der Anspruch auf Teilung war ihnen untersagt[45]). Als eine Annäherung an das deutsche Recht sah der Entwurf eine besondere Liquidation des Gesellschaftsvermögens vor[46]). Dann sollte noch die vertragsmäßige Einführung der Vorschriften der O.H.G. für Gesellschaften, die den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts bezwecken, zugelassen werden[47]).

Gierke[48]) zog gegen eine derartige Regelung energisch zu Felde. In der zweiten Kommission fehlte es nicht an Anhängern des römischen

---

[43]) Einleitung §§ 2 ff., Ladenburg, Arch. d. Wechsel- u. Handelsr. Bd. X, S. 227 ff.; vgl. auch Gareis-Fuchsberger, Komm. S. 210, die relative juristische Personen annahmen.

[44]) Namentlich durch Gierke; vgl. Behrend §§ 22 u. 66, Cosack, Lehrb. d. Handelsr., S. 532, Staub Art. 85.

[45]) § 645.

[46]) § 656.

[47]) § 659.

[48]) Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht, S. 90 ff., S. 252; ferner Beitr. z. Erläut. u. Beurteilung d. Entwurfs eines BGB. von Becker u. Fischer, Heft 14, S. 95 ff.

Standpunktes[49]). Man suchte sogar Streichungen des § 44 KO. durchzusetzen. Die Mehrheit stellte sich aber schließlich auf den deutschrechtlichen Standpunkt. Mit 12 zu 8 Stimmen wurde das Prinzip der Gesamthand angenommen, uraltes gemanisches Recht zu neuem Leben erweckt.

Im Gesetz ist allerdings nirgends der direkte Ausdruck „Gesamthand" zu finden, deren Gedanken sprechen sich nur in Einzelnormierungen aus. Sedes materiae sind vor allem die §§ 714, 718, 719, 725 und 735 HGB.

Im Anschluß an die gesetzliche Regelung entspinnt sich nun der Streit über die Auslegung, den Theorie und Praxis in äußerst erbitterter Weise geführt haben. Das BGB. hat dem noch Vorschub geleistet, und zwar durch die außerordentlich weite Anlage und Elastizität des Rechtsmotivs zur gesamten Hand, denn dieses kann ohne Einbuße seines Wesens die verschiedenartigsten Ausprägungen — je nach dem Maße der dem einzelnen auferlegten Beschränkungen und der Verdinglichung des Gesellschaftsvermögens — bei dem einzelnen von ihm beherrschten Rechtsinstitut erfahren.

Dieser Streit der Meinungen soll kurz durch eine Darstellung der verschiedenen Theorien gezeigt werden, die zugleich eine Übersicht über deren ideengeschichtliches Werden ist, und zwar wie sie sich spektrumartig von ihrer ersten noch streng an Miteigentum anlehnenden Formulierung bis zur idealgermanischen Fassung Gierkes hinüberentwickelt haben, von der allmählichen Aufhebung des auf dem Bruchteil basierten Rechtsanspruches bis zum fast völligen Übertragen des Rechtsanspruchs auf die Gesamtheit oder des nur aus dieser fließenden Anspruchs.

Streng chronologich geordnet kann diese Reihenfolge nicht sein, da die geschichtliche Entwicklung sich nicht mit der logischen Reihenfolge deckt. Ich beginne hier mit Adler[50]).

Dieser geht in seiner Modifizierung der Gesamthand von der römischen Sozietät aus. Seine Gesamthand ist societas, in der er als germanisches Moment lediglich den Begriff der Solidarität einführt. Den Anteil baut er als rechtliche Beteiligung wie als Forderungsziffer auf der Quote auf. Die Haftung als Solidarhaftung ist gesamtschuldnerisch.

---

[49]) Prot. II, S. 428 ff.

[50]) s. Adler, Z. Entwicklungslehre u. Dogmatik des ges. Rechts. 1895.

Das Gesellschaftsvermögen hebt sich vom Privatvermögen nicht durch die ihm innewohnende organische Kraft, sondern lediglich durch die von außen wirkende Solidarität ab.

Einen Schritt weiter geht Joerges[51]). Er hält am Teilungsprinzip der societas fest. Auch er basiert den Anteil noch auf die Quote. Der Gesellschafter steht so in unmittelbarer sachenrechtlicher Beziehung zum Gesellschaftsvermögen. Joerges geht insofern weiter, als er dem Vermögen wenigstens nach außen eine Einheit zuspricht und diese begründet. Nach innen fehlt sie allerdings noch. Die Gebundenheit der Vermögensstücke aneinander beruht darauf, daß die Verfügung darüber durch besondere Vorschrift beschränkt ist.

Als nächsten möchte ich Binder[52]) anführen. Er geht von der Quote, der Form, die die societas zeigt, als Träger des Verfügungsrechtes ab. Auf ihr baut sich nicht mehr Verfügungsrecht und Anspruch auf, nur noch der Anspruch. Er ist das Mitverfügungsrecht. Denn da es sich um solch eigenartig beschränkte Rechte handelt, ist nur die Mehrheit verfügungsberechtigt, der einzelne nicht mehr. Für den bloßen Rechtsanspruch (Auseinandersetzungsanspruch) behält er die Quote, und zwar als an den Stücken des Vermögens bestehend bei.

Nagler[53]) steht ihm in seinen Folgerungen gleich. Er kommt auch zum lediglichen Mitverfügungsrecht des einzelnen und zu dem direkten Quotenanspruch. Den Weg, auf dem er zu diesem Mitverfügungsrecht kommt, möchte ich als einen wesentlichen Schritt voran bezeichnen. Im Gegensatz zu Binder, der dieses Mitverfügungsrecht lediglich negativ aus der Verfügungsbeschränkung erklärt, erklärt er es als positiv entstanden. „concursu fiunt partes." Dieses Zusammenkommen, das Einbringen ist das Wesentliche. Das Anteilsrecht entspringt nicht mehr der Quote in irgendeiner Form, sondern einem Zusammenkommen, und zwar entstehen partes. Das Vermögen ist eine Summe der Berechtigung. Hier liegt das erste schwache gesamthänderische Element.

In dieser Richtung nun ist Gierke[54]) der Bahnbrecher. Er basiert klar nicht mehr auf dem Teil, sondern auf der Person. Durch das Zu-

---

[51]) Joeges, Lehre vom Miteigentum u. d. Ges. Hd. Ztschr. f. d. ges. H.Recht Bd. 41, 1902, S. 47 ff.

[52]) s. Binder, D. Gegenstand.

[53]) s. Dr. Nagler, D. Ges. Hand im Ges. Recht. Sächs. Arch. f. B.G.Recht u. Prozeß, Bd. X. 1900.

sammenkommen der Einzelrechte entsteht eine geschlossene Einheit von Rechten (Sondervermögen) einerseits, von Personen (die Kollektivpersonen) andererseits. Aus der Zugehörigkeit als Person (Mitgliedschaft) entspringt als Gesamthandsteilhaberschaft der Rechtsanspruch auf den Anteil. Dieser umfaßt aber nicht die Substanz, sondern nur den Anteil am Wert bei der Auseinandersetzung. Die Personen sind in ihrer Einheit alleinige Rechtsträger des ersteren. Der Anteil als Rechtsanspruch und Teilverfügungsrecht geht also in dieser Kollektivperson auf.

Sohm[55]). Er nimmt wie Gierke eine personenrechtliche Bindung an, die durch die vermögens- wie die personenrechtliche Einheit eine Gesamtverfügungsberechtigung schafft. Auch bei ihm geht der Rechtsanspruch im ganzen so in der Gesellschaft auf, und es bleibt der personenrechtliche Auseinandersetzungsanspruch auf den Anteil. Soweit geht er mit Gierke völlig gleich. Aber das Wesen dieser Anteile ist bei ihm ein gänzlich anderes, da er von einer anderen Struktur des Gesellschaftsvermögens ausgeht. Er teilt es in Vermögen und Gegenstände, der Anteil am ersteren ist einfach eine Bezeichnung für die Mitgliedschaft. Anders bei den Gegenständen. Er sagt: „diese, die naturgemäß zeitlich nach dem Abschluß des Gesellschaftsvertrags, der personenrechtlichen Bindung, eingebracht werden, unterliegen deshalb dieser Vermögensbindung zur Einheit, Gesamtberechtigung nicht direkt. An ihnen besteht also nur ein personenrechtlich bedingtes Teilverhältnis (ideale Bruchteile). Diese sind gleich dem aus der Mitgliedschaft erwachsenen Anteil, sie bedeuten einen wirklichen Anteil. Dieser Anteil besteht an allen Gegengständen, über die so entstehenden, den einzelnen Gesellschaftern zustehenden Mitgliedschaftsrechte aber kann niemals verfügt werden. Diese Anteile sind für die Praxis rechnerisch bestimmbar und verändern sich aus personenrechtlichen Gründen. Ich habe Sohm an den Schluß gesetzt, obwohl er in seiner Anteilsbestimmung z. T. auf die Quote zurückkommt. Aber dies liegt nicht in der Anwendung des Teilungsprinzips der Quote, sondern lediglich in der genaueren Bestimmung der Vermögensstruktur, die Gierke übersehen hat. Die Sohmsche Theorie bedeutet keine Weiterentwicklung Gierkes, sondern lediglich eine Korrektur.

Zusammenfassend läßt sich über die deutschrechtliche Gesellschaft sagen: Das Hauptmoment, in dem sie sich von der römischen Gesellschaft

---

[54]) s. Gierke, Genossensch.Recht u. Dtsch. Privatr. Bd. I.

[55]) s. Sohm, Der Gegenstand, S. 65 ff.

unterscheidet, ist ihr genossenschaftlicher im Gegensatz zu deren individuellem Charakter. Die Gemeinschaft und deren Bestand ist nicht an den einzelnen und an eine Person geknüpft. So ist auch ihr Fortbestand von dieser unabhängig. Das Eigentum ist Gesamteigentum. So ist der Zweck, die Aufgabe in den Mittelpunkt gestellt, und die Verfolgung desselben ist weithin unabhängig gemacht von Einzeleinflüssen. Das gemeinsame Interesse ist trotzdem durch die gemeinsame Nutzung gewahrt. Die Einzelberechtigung, Teilung ist ausgeschaltet, und es besteht eine Gesamtzugehörigkeit. Die Auflösung und Abschichtung, Spaltung in Einzelinteressen ist erschwert. Durch das Anknüpfen an die Nutzung, die Unveräußerbarkeit ist der Besitz nicht an die Person, sondern an die Träger der Gesellschaftszwecke gebunden.

Diese strengen und das Ganze streng zusammenhaltenden Grundsätze sind, wie wir sehen, allmählich durch das Vordringen der Einzelrechte und des Einzelbesitzes gelockert worden. Die Gebundenheit des Eigentums im Interesse einer Gemeinschaft, durch die Pflicht zur sozialen Ausübung der mit dem Eigentum verbundenen Rechte ließ nach. Heute sind wir wieder in eine Entwicklung eingetreten, die diese Grundsätze wieder streng betont, der Eigentumsbegriff hat wieder eine Wandlung, eine Wandlung zurück erfahren, wie dies auch deutlich im Art. 153 Abs. 3 RV. zum Ausdruck kommt.

# Hauptteil.

## A. Die dingliche Rechtslage.

### § 3. Die Problematik des Themas.

Es gibt zwei Anschauungen im BGB., die sich diametral gegenüberstehen, die germanistische und die romanistische. Da das Recht eine Materie ist, die überall ineinandergreift, kommen diese Anschauungen zur Überschneidung. Dieser Kampf um diese Grenzlinie kann nicht enden, bevor nicht die Einheitlichkeit wiederhergestellt ist, eine Anschauung gesiegt hat. Der Kampf dreht sich in praxi um einzelne Streitpunkte, durch diese ist die Grenze markiert, bis zu der eine Anschauung vorgedrungen ist.

Mit der Behandlung der dinglichen Rechtslage in der Gesamthand wird ein solcher Streitpunkt, eine solche wunde Stelle des BGB. berührt. Man steht sozusagen mit jedem Fuß in einem der feindlichen Lager. Wie hat dazu das geltende Recht Stellung genommen?

Die Vertreter der germanistischen Lehre, wie z. B. Gierke haben versucht, die Gesamthand rein germanistisch aufzubauen und dementsprechend suchten sie die Fälle zu lösen, wo sich die Gesamthand mit den romanistischen Theorien des BGB. schneidet. Da die römischrechtliche Grundlage des BGB. blieb, mußte der Aufbau hier angreifbar bleiben.

Umgekehrt suchten die Vertreter der romanistischen Lehre die Gesamthand rein auf den gegebenen romanistischen Grundlagen des BGB. aufzubauen und Streitfälle entsprechend zu lösen. Diese Lehre ist heute abgelehnt.

Das Gesetz selbst hat zu zweien solcher Streitfälle Stellung genommen; beide Male sind die sachenrechtlichen Vorschriften zugunsten der gesamthänderischen durchbrochen. Einmal in § 719 BGB. in der allgemeinen dinglichen Bindung sämtlicher Gegenstände des Vermögens

und in § 738 bei der Akkreszenz[1]). Eine Regel der Stellungnahme des Gesetzes läßt sich aus diesen Fällen jedoch nicht ableiten. Ein weiterer Fall, der heute Bestandteil der herrschenden Lehre geworden ist, ist das Bestehen der gesamthänderischen Form der Mitberechtigung[2]).

Mit diesen vom Gesetz normierten Punkten ist ungefähr die Grenze markiert, auf der der Kampf innerhalb der Gesamthand zur Zeit geht. In den weitaus meisten Fällen ist er noch nicht beigelegt. So z. B. in der Frage der Rechtssubjektivität und in der Frage der Vermögenseinheit.

Beidemale wird die Grenzlinie von romanistischer Seite durch scharf gefaßte Grundsätze des BGB. bezeichnet, wie z. B., „daß ein dingliches Recht zur Geltendmachung Rechtspersönlichkeit voraussetzt" und daß „ein dingliches Recht nur an einem Gegenstand möglich ist", daß „Sachgesamtheiten nur dann als Gegenstand gelten können, wenn sie im BGB. erwähnt sind". So unleugbar auch die germanistische Seite rechtliche Momente der herrschenden Lehre für sich in Anspruch nehmen kann und bei der Gesellschaft Ansätze zur Selbständigkeit, Rechtssubjektivität vorhanden sind, das Vermögen in mancher Hinsicht über die bloße Sachgesamtheit hinausgeht, so sind diese Momente gegenüber den romanistischen äußerst schwach. Nach was für Gesichtspunkten sollen diese unentschiedenen Streitpunkte, die von der herrschenden Lehre noch nicht eindeutig geklärt sind, entschieden werden?

Eine rein einseitige germanistische Entscheidung nach Analogie der oben erwähnten Fälle kann in Anbetracht der entgegenstehenden sachenrechtlichen Regelung im BGB. nicht eingeschlagen werden. Noch weniger kommt eine rein romanistische sachenrechtliche Theorie in Frage. Nur der Gesetzgeber kann eine solch einseitige, schon bestehende Vorschriften außer Kraft setzende Regelung treffen. Und gerade die gesetzliche Auslegung selbst hat in diesen Fragen bisher keine Stellung genommen. Wohl weil sie die weittragenden Folgen einer Entscheidung gerade in Hinsicht auf die romanistische Seite fürchtete[3]). Welch große Unsicherheit und Inkonsequenz dadurch heute in bezug auf obige Fragen herrscht, zeigt ein Blick z. B. in der Frage des Rechtscharakters des Anteils in die Literatur.

---

[1]) Vgl. Übergang von Grundstücken.
[2]) s. Staudinger 1008. III.; Wolf, S. 27/28, § 88 II.
[3]) s. Mugdan II, S. 992.

Es muß demnach davon abgesehen werden, obige Fragen in Einheit mit der Gesamthandstheorie konsequent zu lösen, vielmehr muß ein dem augenblicklichen Stand der herrschenden Lehre angepaßter Standpunkt eingenommen werden. D. h., soweit als die vom Gesetz begründete germanistische Gesamthandslehre reicht, ist dieser zu folgen. Wo ihr aber (gerade in dinglich-rechtlicher Hinsicht) die gesetzliche Basis fehlt und andererseits romanistische, eindeutig im Gesetz verankerte Grundlagen vorliegen, muß diesen gefolgt werden. Die Schwierigkeit liegt darin, beide in Einklang zu bringen.

Soll durch das Ausscheiden eines Gesellschafters die dingliche Rechtslage verändert werden, so ist dies, abgesehen davon, daß an die reine Tatsache des Ausscheidens gesetzliche Bestimmungen geknüpft sind, rein begrifflich an eine Voraussetzung gebunden: Der Gesellschafter muß vor seinem Ausscheiden überhaupt in Beziehungen zu den dinglichen Rechten gestanden haben, die durch das Ausscheiden verändert werden können. Als solche Rechtsbeziehungen können dem Charakter der Sachenrechte entsprechend nur Rechte dinglicher Natur in Frage kommen.

Da bei Feststellungen dieser Beziehungen leider nicht einer allgemein anerkannten Theorie gefolgt werden kann, muß auf diese Beziehungen und den ganzen damit zusammenhängenden Komplex gesamthänderischer Fragen eingegangen werden. Zunächst ist also zu untersuchen; wem stehen überhaupt die Rechtsbeziehungen zu, die den objektiven Bestand von dinglichen Rechten an das Rechtssubjekt knüpfen, stehen sie dem einzelnen Gesellschafter oder nur den Gesellschaftern „kollektiv“ zu? D. h. zunächst muß die Frage der Rechtsobjektivität untersucht werden. Ist mit ihrer Beantwortung zugleich die Berechtigung des Themas bewiesen, so müssen im weiteren diese dinglichen Rechte im einzelnen festgestellt werden. Bei ihrer Betrachtung kann davon abgesehen werden, eine objektive Aufzählung aller in der Ges. des BGB. denkbaren dinglichen Rechte zu geben, da bei der Rechtslage nur die Beziehungen des Gesellschafters zu diesen dinglichen Rechten, also sozusagen die subjektive Seite festgelegt werden muß.

Es müssen also vor allem die Beziehungen des Rechtssubjektes zu den dinglichen Rechten untersucht werden. Diese hängen natürlich von der Art der Berechtigung, dem Rechtscharakter des Anspruchs ab. Um diesen genau feststellen zu können, muß auch noch das Rechtsobjekt, auf das sich diese Berechtigung bezieht, genauer untersucht werden, d. h.

hier die Frage, ob sich die Berechtigung auf das Vermögen als Ganzes oder je auf die einzelnen Stücke desselben bezieht. Und endlich wie diese Berechtigung unter Berücksichtigung der gesamthänderischen Vorschriften daran denkbar ist.

## § 4. Die Frage der Rechtssubjektivität[4]).

Die erste Frage heißt also: wer ist Rechtsträger, d. h. an wen sind die Rechtsbeziehungen zum Gesamtvermögen, oder hier der dinglichen Rechte, geknüpft? Je an die einzelnen Gesellschafter oder an die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung? Dieses Problem pflegt im allgemeinen unter der Frage nach dem Rechtssubjekt behandelt zu werden.

Hierbei können schon rein begrifflich zwei verschiedene Richtungen unterschieden werden. Die eine erkennt je dem einzelnen Gesellschafter Rechtssubjektivität zu, die andere spricht den Gesellschaftern in ihrer Zusammenfassung als juristische Person oder einfach in ihrer Gesamtheit Rechtssubjektivität zu.

Generell ist die Rechtsfähigkeit, die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, im BGB. nicht geordnet. Die Frage danach, die man auch als die nach der Rechtssubjektivität bezeichnet, ist nur im speziellen geregelt, wie z. B. bei der natürlichen und der juristischen Person. Daraus und aus der Eigenschaft des BGB. als Kodifikation geht hervor, daß Rechtsträgerschaft und damit Rechtssubjektivität[5]) nur bei den im Gesetz ausdrücklich aufgezählten Fällen entsteht.

Wie das Gesetz die Machtäußerungen des physischen Menschen durch rechtliche Anerkennung zu subjektiven Rechten erhebt, so kann es auch die Macht, die von gewissen Organisationen ausgeht, als Recht anerkennen. Es kann diesen Organisationen die Stellung geben, die das subjektive Recht seinen Trägern verleiht. Wer subjektive Rechte haben kann, ist rechtsfähig. Diese Eigenschaft kommt niemand von Natur aus zu, sondern immer nur, wenn sie vom Gesetze verliehen ist. Auch phy-

---

[4]) Gierke, Privatr. Bd. I, S. 660 ff.; Vereine, S. 29 ff., Genoss. Theorie Bd. II, S. 947; Staudinger, Vorbem. IV vor § 706, 736; RGR. § 706; Staub § 141, 3. 2; Planck, S. 1263 II. 1, 1266; Enneccerus § 399 II; Crome § 208 No. 2; Endemann § 180 N. 3; Ehrenberg 125; Feine, G. m. b. H., S. 48/53; Knoke, S. 20, 178 ff.; Meurer 107 ff.; Binder, S. 84/85, 92/93; Affolter, S. 230; Görtz, S. 13; RGE. 30, 152; 43, 106; 54, 106/7; 65, 6.

[5]) Binder, Jur. Person, S. 39, 84.

sische Menschen haben sie nicht von selbst, sondern nur vermöge Gewährung durch das objektive Recht. Genau so kann und muß das Gesetz die Eigenschaft der Rechtsfähigkeit, die keine natürliche, sondern eine juristische ist, jenen Organisationen verleihen. Sie besitzen sie nur, wenn ihnen diese Fähigkeit verliehen ist[6]).

Bei der Gesellschaft sucht man im BGB. vergeblich nach einer solchen Verleihung, einer Erwähnung der Rechtsfähigkeit. Außerdem ist die Auffassung der Gesellschaft als einer juristischen Person[7]), die im A. D. HGB. ziemlich verbreitet war, heute fast allgemein aufgegeben. Auch die dieser Konstruktion nahestehende Theorie der relativen juristischen Person[8]) kann hier nicht in Frage kommen, da diese über das Verhältnis der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen nichts aussagt.

Hauptvertreter der Ansicht, die Gesellschafter seien als Gesamtheit berechtigt, ist Gierke[9]). Auf seine Ansicht als auf die Idealgermanische soll hier näher eingegangen werden.

Gierke vertritt seinen Standpunkt folgendermaßen[10]). Im Bereich der gesamten Hand bilden die Gemeiner eine Personeneinheit, sind daher nicht für sich, sondern in ihrer Verbundenheit „kollektiv" berechtigt und verpflichtet. Es herrscht die verbundene Gesamtheit. Das für-sich-Sein der Einzelnen wird in einem bestimmten Bereiche aufgehoben, durch Verbundenheit ersetzt. In ihre Lebensordnung tritt ein Stück gemeinsamer Lebensordnung ein. Es ergibt sich eine von den Sondersphären der Beteiligten rechtlich unterschiedene Gemeinsphäre. Es herrscht ein durch Verschmelzung der Willensgebiete geeinter Gemeinschaftswille. Nach außen erscheint die durch die Zusammenfassung geeinte Personenmehrheit als Personeneinheit. Die verbundenen Personen sind insgesamt zur aktiven Mitträgerschaft der Gemeinsphäre berufen. Hier kommt also die Personeneinheit in der Gesamtheit der Teilhaber zur rechtlichen Erscheinung.

---

[6]) s. Kisch, S. 95. Dabei wird davon ausgegangen, daß es subjektlose Rechte, d. h. Rechte ohne Rechtssubjekt nicht gibt.

[7]) Heusler, Institutionen I, § 53, S. 249.

[8]) s. Dahn, S. 76; Gareis, §§ 25 ff.; Gareis-Fuchsberger zu Art. 87, V.

[9]) Genoss. Theorie, Bd. II, S. 947. Privatr. S. 682 u. 684. Ihm haben sich angeschlossen Crome, § 208, Nr. 2, Endemann, § 180, Nr. 3, früher auch Oertmann (1. Aufl.) u. Planck, 1. u. 2. Aufl. Ebenso die älteren Entscheidungen des RG., Bd. 50, S. 432, Bd. 54, S. 106/7. Ähnlich auch v. Tuhr I. S. 80, 1.

[10]) Genoss. Theorie, Bd. II, S. 947, Privatr., Bd. I, S. 661, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 29.

Zur Kritik Gierkes ist zu sagen: Einmal scheinen sich bei näherer Betrachtung Widersprüche zu ergeben. Er spricht z. B. einer Personengesamtheit oder Personeneinheit die Fähigkeit zu, Träger einer Gemeinschaftssphäre zu sein, erkennt ihr dazu noch ausdrücklich Rechts- und Handlungsfähigkeit zu. So beschreibt er seine Personeneinheit eindeutig als Rechtssubjekt, gibt ihr dessen charakteristische Merkmale, schreibt aber im folgenden wörtlich: „Die personenrechtliche Gemeinschaft ist kein Rechtssubjekt, sondern ein Rechtsverhältnis“[11]).

Gierke nimmt offenbar die germanische Gesamthand zu einseitig zur Grundlage seiner Theorie. Diese war eine vollkommene (Lebens-)Gemeinschaft, wie sie heute höchstens noch das Institut der Ehe darstellt, wie sie aber keineswegs die OHG. und noch viel weniger die Gesellschaft des BGB. darstellt. Diese Gesellschaftsformen, die das Gesamthandsprinzip lediglich als rechtliche Organisationsform übernommen haben, wenden es nur als rechtliche Fassung für einen bestimmten Zweck an, in Hinsicht auf welchen eine gewisse Interessen- und Arbeitsgemeinschaft der Gesellschafter geschaffen werden soll. So geht Gierke zwar richtig davon aus, daß das Getrenntsein der Gesellschafter in einem bestimmten Bereich aufgehoben ist, ein Stück Verbundenheit an dessen Stelle tritt. Dies tritt aber nur ein in Hinsicht des einen bestimmten Zweckes, soweit es dessen Verwirklichung erfordert. Und zwar werden 1. die gesamten Individualrechte in Hinsicht auf diesen Zweck gleichgerichtet; 2. inbetreff des Sondervermögens werden Verfügungen an Innehaltung einer gewissen Formvorschrift, der gesamthänderischen Bestimmungen, geknüpft. Dies ist aber auch alles. Von einer gemeinsamen Lebensordnung kann also nur in sehr eingeschränktem Maße gesprochen werden.

Und was meint Gierke, wenn er im weiteren von einer Verschmelzung der Willensgebiete spricht? Soll das heißen, Verschmelzung der Gebiete, in Hinsicht deren die Willensbildung vor sich geht, oder Verschmelzung der Willensbildung betreffs der Gebiete, oder beides? Jeder Gesellschafter ist doch in seiner Willensbildung vollkommen selbständig. Jeder kommt selbständig zu dem Entschluß, sagen wir z. B. ein Grundstück zu veräußern. Sind alle zum selben Entschluß gekommen (aber

---

[11]) D. Priv.R. I, S. 660, Vereine ohne Rechtsfähigk., S. 29, Genoss. Theorie, 343 ff.

nur dann), erfolgt der Abschluß des Rechtsgeschäftes durch eine gemeinsame Erklärungshandlung (nach außen).

Gierke geht nun noch weiter und sagt: Nach außen erscheint (nicht ist) eine Personeneinheit und baut auch weiter auf dieser auf. Wenn man will, kann man sagen, daß eine solche durch die Erklärung geeinte Personenmehrheit in Erscheinung tritt. Wenn Gierke aber nun weiter geht, von einer Einheit redet, die in rechtliche Erscheinung tritt, so geht dieses doch zu weit, denn eine Personenmehrheit, auch wenn sie in einem Entschluß übereinstimmt, kann noch nicht als juristische Einheit bezeichnet werden.

Im allgemeinen besteht eine Vielheit von Rechten der Gesellschafter, die nur für den Fall einer vorzunehmenden Handlung, für die Erklärung eine sog. „Einheit" auch des Willens bilden müssen.

Mit dem rechtlichen In-Erscheinung-Treten einer Einheit handelt es sich also um eine flüchtige, vorübergehende[12]) (lediglich technisch bedingte) Erscheinung. Das andere Moment der Einheit, gemeinsame Vorschriften für eine bestimmte Zahl Mitglieder, kann als lediglich von außen her wirkend ebenfalls keine organische Einheit begründen. Diese so gezeigten Ansätze sind zu schwach, um daraus die Konstruktion einer juristischen Einheit vorzunehmen, ganz abgesehen davon, daß auf dieser dann ein ganzes System basiert werden könnte, wie dies Gierke tut.

Aber auf dieses Wort Einheit oder Gesamtheit kommt es letzten Endes gar nicht so sehr an.

Auch ohne die oben angeführten Gründe muß die Gierkesche Ansicht abgelehnt werden. Ausschlaggebendes Moment ist hierbei in erster Linie der schon oben erwähnte Kodifikationscharakter des BGB., aus dem eine willkürliche Anerkennung der Rechtssubjektivität für außerhalb des BGB. stehende Fälle nicht möglich ist.

Hier muß noch erwähnt werden, daß eine Teilung der Rechtssphäre, wie sie Gierke z. T. vornimmt[13]), für die Gesellschaft abgelehnt werden muß. Voraussetzung einer solchen Teilung zwischen Verbands- und Sondersphäre ist eben, daß dieser Verbandsperson, dieser Gesamtheit oder Personeneinheit oder wie man sie heißen will, überhaupt die Fähigkeit zusteht, Rechtssubjekt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

---

[12]) Vgl. Feine, S. 265.

[13]) Gierke, D. Privatr. I, S. 479.

Das hat, wie schon gesagt, nicht jedes beliebige Gebilde, sondern dazu ist eine juristische Form notwendig.

Mußte solchermaßen die Rechtssubjektivität der Gesellschafter „kollektiv", sei es in Form der juristischen Person, sei es in der von Gierke vertretenen der Personengesamtheit abgelehnt werden, so bleibt als Träger der Rechtssphäre nur jeder einzelne gesamthänderisch verbundene Gesellschafter.

In der Tat herrscht in der Literatur die Ansicht vor, daß die Gesellschaft als solche nicht Rechtssubjekt sein kann, daher der Gesellschafter als solcher Rechtssubjekt ist. Allerdings ist die Formulierung oft nicht eindeutig und scharf gefaßt. So schreibt RGE. 65 S. 231: „Jedem Einzelnen muß eine unmittelbare Beteiligung an diesem Vermögen zukommen, da eine von den Einzelpersonen verschiedene Personeneinheit mit Rechtsfähigkeit nicht besteht."

Knocke schreibt S. 1: „Die Gesellschaft ist kein neues rechtliches Wesen, sie begründet nur ein rechtliches Band zwischen den verbundenen Personen. Diese sind daher auch die Subjekte der gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten."

Enneccerus § 299 II: „Das Gesellschaftsvermögen steht nicht einem gedachten Rechtssubjekte zu, sondern dem Gesellschafter."

Staudinger (7./8. Aufl. § 718 II 3) drückt sich noch etwas unbestimmt aus: „Das Gesellschaftsvermögen gehört den Gesellschaftern als solchen. Der einzelne Gesellschafter ist Mitbesitzer, Miteigentümer an den Sachen der Gesellschaft." Während sich Aufl. 9 Vorbem. V 1 klar für den oben vertretenen Standpunkt ausdrückt: „Jeder Gesellschafter ist an jedem Gegenstand des Vermögens unmittelbar berechtigt. Die Gesellschaft ist keine juristische Person, also müssen die Rechte an den einzelnen Gütern den Gesellschaftern zustehen."

Staub § 141, 3, 2: „Rechtssubjekte sind die Gesellschafter"[14]).

Ohne auf einzelne Ansichten näher eingehen zu wollen, können sie, auch wenn sie sich nicht alle positiv nur für die Rechtssubjektivität des Gesellschafters aussprechen, doch alle für die Rechtssubjektivität des Gesellschafters in Anspruch genommen werden, wenn man den aus dem Kodifikationscharakter des BGB. stammenden Beweis[15]) in Betracht zieht.

---

[14]) Ebenso Planck II, S. 1236, II, 1 u. 1266; Jaeger, Konkursordnung, S. 399, Anm. 8. Ähnlich Wolff, S. 27/28, Sohm, S. 62 u. 68 ff.

[15]) s. oben S. 24.

Abschließend läßt sich sagen, daß das Moment der gemeinschaftlichen Berechtigung, des Mitbesitzes allein nicht auf eine Gemeinschaft im Sinne eines Rechtssubjekts schließen läßt, eine wie weitgehende tatsächliche Verselbständigung ihr auch zugrunde liegen mag.

Da so kein rechtsfähiges Gebilde, kein Rechtssubjekt entsteht, so kommt man zu dem zwingenden Schluß, daß nur jeder einzelne Gesellschafter Träger der Rechte, Rechtssubjekt sein kann[16]).

Noch ist zu erwähnen, daß eine Berechtigung mehrerer auf dasselbe Objekt den Begriff des Rechtssubjekts nicht stört, denn dieses deckt sich nicht mit der Forderung nach absoluter Herrschaft, diese kann vielmehr eine Beschränkung ertragen[17]).

## § 5. Die Frage der Vermögenseinheit[18]).

Nach dem Rechtssubjekt ist das Rechtsobjekt zu behandeln. Zunächst einmal muß genau der Gegenstand festgestellt werden, auf den sich die Berechtigung, die Rechtsträgerschaft, bezieht. Das ist die Streitfrage nach der Vermögenseinheit.

Stellt das Vermögen eine juristische Einheit dar oder ist es lediglich ein Sammelbegriff? Ergreift die Mitberechtigung des Gesellschafters einen selbständiger Rechtsobjektivität fähigen Inbegriff oder bezieht sich diese unmittelbar auf die einzelnen Gegenstände des Vermögens?

Ist dies überhaupt eine selbständige Frage? Ist nicht zugleich damit, daß die Gesellschafter „insgesamt" nicht Rechtssubjekt sein können, auch der Nachweis geliefert, daß der Begriff des Gesellschaftsvermögens als selbständige juristische Einheit undenkbar ist? Setzt nicht ein Inbegriff als solcher ein Subjekt, an das er anknüpfen kann

---

[16]) Binder, Jur. Person, § 84; Chriesten, S. 56 ff.; Sohm, S. 62; Heusler, Instit. d. Priv.R., Bd. I, S. 239, 249, vgl. auch Anm. 5.

[17]) Vgl. Husserl, Rechtssubjekt u. Rechtsobjekt, S. 129 ff. In diesem Sinne auch Wolff, § 57, IV, 3; Staudinger 1 a, Vorbem. IV v. § 90; Enneccerus I, § 124, I, § 135, II, 3.

[18]) Entwürfe I, S. 350, Abs. 2; Entwürfe II, 263; Entwürfe III, 305; Prot. II, 425/435; Mot. II, S. 591; Mot. III, S. 28 ff.; Joerges, Ztschr. f. d. ges. Handelsr., Bd. 49, S. 212; Nagler, Sächs. Arch., Bd. 10, S. 742; Hellwig, S. 200; Kaufmann, S. 51 ff.; Behrend, § 62, II u. § 66, II; Gierke, Genoss. Theorie, S. 456/68; Gierke, D. Privat.R., Bd. I, S. 670; Vereine, S. 26 ff.; Heinsheimer, Das Vermögen, S. 62, 168; Binder, Rechtsinst. II, S. 20/21; Knoke, S. 77 ff., 22; Cosack I, § 276, Ziff. 3 a; Fels, S. 7; Deitigsmann, S. 7; Thamm, S. 30; J. W. 04, 61.

voraus, in bezug auf welches er erst in seiner wirtschaftlichen Zweckbestimmung als rechtliche Einheit ersteht, den Sinn einer Einheit bekommt? Dies ist nicht unbedingt notwendig, denn es ist denkbar, daß das Rechtsobjekt statt an ein Rechtssubjekt an mehrere anknüpft; in vorliegendem Fall an die gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter. —

Ganz allgemein pflegt man unter Vermögen den Inbegriff der geldwerten Güter einer Person[19]) oder die rechtliche Vereinigung aller mit einer bestimmten Person verknüpften Rechte und Pflichten zu verstehen[20]). Es kann also Vermögen sowohl lediglich als Sammelname als auch als Begriff für eine rechtliche Einheit verstanden werden.

Das Gesetz gebraucht den Begriff Vermögen im Gesellschaftsrecht an verschiedenen Stellen: im BGB. § 719 und § 738 und in Beziehung dazu in der ZPO. § 736 und 859. Zunächst soll versucht werden, den Begriff des Vermögens aus den angeführten Stellen zu interpretieren. Dazu sollen die zwei oben erwähnten Erscheinungsformen des Vermögensbegriffs je den angeführten Stellen gegenübergestellt werden. Zuerst im Hinblick auf das Vermögen als selbständiger Rechtsobjektivität fähiger Inbegriff. Nach dieser Voraussetzung wäre der Wortlaut des § 719 „Anteil am Gesellschaftsvermögen und den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen" höchst unpräzis. Eine Erwähnung der einzelnen zum Vermögen gehörigen Gegenstände ist bei Voraussetzung der juristischen Einheit des Vermögens ganz unnötig, da es ganz selbstverständlich ist, daß die Gegenstände zum Vermögen gehören. Keinen näheren Anhalt geben §§ 738 BGB. und 736 ZPO. Was § 859 ZPO. anbetrifft, so wird die Vorschrift dieses Paragraphen bei Annahme von juristischer Einheit vollkommen widersinnig. Denn Anteil an einem selbständigen Rechtsobjektivität fähigen Inbegriff u n d den Gegenständen, die dieser umfaßt, ist nicht denkbar[21]). Das Wesen eines solchen Inbegriffs ist gerade seine Geschlossenheit, deshalb kann ein Recht eines Gesellschafters nur diesen Inbegriff als solchen und nicht organische Teile desselben daneben, also doppelt, erfassen.

Ferner muß das dingliche Recht[22]) am Vermögen, wenn nicht der Ausdruck jede Farbe verlieren soll, ein dingliches Recht an der Substanz

---

[19]) Dernburg, Lehrb. I, § 18, III.

[20]) s. Heinsheimer.

[21]) s. Kaufmann, S. 45/46.

[22]) Beweis für den dinglichen Charakter des Anteils, s. unten S. 44 und 54

sein. Wenn man sich einerseits zur Vorstellung versteht, die einzelnen Gegenstände gingen dergestalt in dem Inbegriff auf, daß nur noch das Vermögen als Ganzes Objekt der Berechtigung ist, so bleibt die Substanz der Gegenstände mit der des Vermögens identisch, diese ist nichts neben jener stehendes, wie dieses nach dem Wortlaut des § 859 der Fall wäre. Will man dagegen das Aufgehen der Gegenstände nicht annehmen, so muß man unterstellen, daß die Bestandteile durchs Ganze hindurch ergriffen werden, was direkt nicht vorstellbar ist, denn die Linie der Berechtigung wäre durch den Inbegriff in der Mitte gebrochen und bestände so aus zwei Teilen, die nie den Anschluß aneinander finden könnten. Praktisch erhellt dies am deutlichsten am Beispiel von dinglichen Rechten, deren absolute Verfügungsgewalt nicht sowohl unter den juristischen Oberbegriff des Vermögens als einer universitas gesammelt sein und gleichzeitig auch dem Gesellschafter unterstellt sein kann. Dies erkennt auch Gierke deutlich, indem er sagt, daß die Bestandteile nur mittelbar durch das Ganze hindurch ergriffen werden[23]).

Nun zum Vermögen als Sammelbegriff. Hierbei ist in 719 die Erwähnung der Gegenstände zwar nicht begriffsnotwendig, jedoch in Anbetracht des durch die sachenrechtliche Eigenart der Gegenstände bedingten und entscheidend beeinflußten Charakters des Anteils durchaus gerechtfertigt.

§ 738 BGB. und § 736 ZPO. bieten wiederum keinen besonderen Anhalt. Was dagegen § 859 ZPO. anbelangt, so kommt hier bei Zugrundelegung des Vermögens als Sammelbegriff alles auf die Definition des Anteils an.

Bei Zugrundelegung des unten definierten Charakters des Anteils ist das Vermögen als Sammelbegriff ohne weiteres gegeben, denn da das den Gesellschaftern zustehende dingliche Recht an den Gegenständen, diese nicht durch den Oberbegriff eines selbständigen Ganzen hindurch erfassen kann[24]), so müssen die Gegenstände einzeln den Gesellschaftern zustehen und können so nicht einem selbständiger Rechtsobjektivität fähigen Ganzen zugehören. Diese Interpretation spricht klar für die Auffassung des Vermögens als Sammelbegriff. Um jedoch noch sicherer zu gehen, soll die Behandlung des Vermögens im Gesetz überhaupt und

---

[23]) Gierke, Arch. f. bürg. R., Bd. 19, S. 124.

[24]) s. oben S. 41/42.

speziell in den Fällen untersucht werden, bei denen die Frage nach der Einheit des Gesellschaftsvermögens offensichtlich wird. Die Fälle der Haftung, der Übertragung und der Zwangsvollstreckung.

Die Motive[25]) vertreten hierbei den atomistischen, den Standpunkt des Sammelbegriffs. Sie leugnen einmal für die Gesellschaft direkt das Bestehen eines geschlossenen Gesellschaftsvermögens ab; weiter stehen sie überhaupt auf dem Standpunkt, daß eine Sachgesamtheit nicht Gegenstand von Rechten sein könne. Sie begründen dies folgendermaßen: Die Sachgemeinschaft ist ein ideelles Objekt (res incorporalis). Damit ist aber der Standpunkt des Entwurfs, daß der Sachbegriff nur auf körperliche Gegenstände anwendbar sei, nicht vereinbar. Wenn daher jemand als Eigentümer eines Inbegriffs von Sachen bezeichnet wird, so kann das nichts anderes heißen, als daß er Eigentümer aller einzelnen Sachen ist, welche den Inbegriff bilden. Er muß dies an jeder einzelnen Sache, welche zu dem Inbegriff gehört, nachweisen. Ein Recht läßt sich immer nur an einer einzelnen Sache erwerben. So kann z. B., wenn von dem Nießbrauch an einem Inbegriff gesprochen wird, nur jede Sache, welche derselbe umfaßt, für sich Gegenstand des Nießbrauchs sein.

Die Motive sagen im weiteren ausdrücklich, die Definition der Sache (§ 778) lasse eine sich gegen die Behandlung der Sachgesamtheit als Gegenstand richtende Vorschrift als entbehrlich erscheinen.

Entsprechend den hier aufgestellten Grundsätzen ist die Regelung im geltenden Recht.

So wird bei der Zwangsvollstreckung wohl von einer Vollstreckung in das gesamte Gesellschaftsvermögen geredet (§ 736 ZPO.), diese kann jedoch nur betreffs der einzelnen Vermögensstücke vorgenommen werden[26]).

Der Konkurs läßt durch seine besondere Regelung bei der Gesellschaft, die schon eine vor dem eigentlichen Konkursverfahren liegende Auflösung des Vermögens bedingt, keinen Schluß auf den Charakter des Vermögens zu[27]).

Übertragung des Vermögens auf einen anderen Gesellschafter ist ferner nur in der Weise möglich, daß die einzelnen Gegenstände nach

---

[25]) Mot. II, S. 591; III, S. 28.

[26]) s. Knoke, S. 81 ff.; Cohn, S. 45; Heß, S. 97 ff.; Gaupp-Stein, § 736.

[27]) KO., § 16, 25; Jaeger, Komm. z. KO., Bd. I, 399, 8; § 25, Anm. 8; Hellwig, S. 200; Endemann, § 81, Anm. 20; Blanck, s. § 128; Staudinger, § 718, IV; Knoke, S. 21 ff.; Wieland, S. 90; Rettig, S. 44; Seuffert, Konkursprozeßrecht, § 14, Ziff. 11; Cosack, § 276, II, 2 d.

den für sie geltenden Grundsätzen übertragen werden. § 419 ist nicht anwendbar[28]). Durch diese Übertragungsregel unter ausdrücklicher Ablehnung von § 419 ist ganz klar der Standpunkt, daß das Vermögen keine juristische Einheit bildet, formuliert. Ebenso ist eine Verfügung über das Gesellschaftsvermögen als solches rechtlich ausgeschlossen[29]).

Daraus geht klar hervor, daß das Gesetz eindeutig auf dem atomistischen Standpunkt steht. Weiter kann auch aus dem Charakter des dinglichen Rechts heraus der positive Beweis geliefert werden, daß das Gesellschaftsvermögen keine rechtliche Einheit ist. Da, wie oben aufgezeigt, das Gesamtgut mehreren Personen zusteht, entstehen mit Notwendigkeit Anteilsrechte der einzelnen Gesellschafter daran. „Concursu fiunt partes“[30]). Diese Anteilsrechte sind vermögensrechtlicher Natur. Da sie sich auf das gesamte Vermögen, in welcher rechtlichen Form es immer auch existiere, beziehen, so umfassen sie notwendigerweise auch die dinglichen Ansprüche[31]). Dies geht schon aus dem Wortlaut des § 706 „gemeinschaftliches Eigentum“ hervor. Tuhr drückt es etwas anders dahin aus, daß dem Gesellschafter, da er ja Rechtssubjekt ist, die gesamten Rechte, die dieses Vermögen umfaßt, zustehen[32]). Diese dinglichen Rechte verlangen kraft ihrer Eigenart eine direkte Zuständigkeit dem Rechtssubjekt gegenüber. Das Rechtssubjekt, die Trägerschaft des dinglichen Rechts, steht nach den obigen Ausführungen eindeutig fest. Nicht den Gesellschaftern „kollektiv“, sondern je dem betreffenden Gesellschafter steht das dingliche Recht zu. Aber an was steht ihm dieses dingliche Recht zu? Daß an einer Sachgesamtheit, als an einem ideellen Begriff, kein dingliches Recht möglich ist, weil dieses körperliche Gegenstände voraussetzt, ist schon oben erwähnt worden. Weiter ist aber ein dingliches Recht an einem mit Rechtsobjektivität ausgestatteten Vermögensbegriff überhaupt ausgeschlossen[33]), denn das dingliche Recht muß ein Recht an der Substanz sein, von einem solchen kann auch bei der juristischen Einheit nicht gesprochen werden.

---

[28]) s. Warneyer, § 736, III; Planck, II, 774, 3; Staudinger II, 2; 1422, 3.

[29]) Planck II, 753, 3; Enneccerus I, 2, 514, Anm. 7.

[30]) Sohm, S. 69; Goertz, S. 19.

[31]) s. unten: Beweisführung über den dinglichen Charakter des Anteils, S. 54; vgl. Staudinger, 9. Aufl., § 736, I, 2 u. 719, III.

[32]) Thur, S. 64; Wolff, S. 27/28.

[33]) Binder, Rechtsstellung d. E., III, S. 24.

Es bleibt also nur noch die Möglichkeit der direkten dinglichen Rechtsbeziehung zum Gegenstand. Die einzige Möglichkeit dieser direkten Zuständigkeit bei einem selbständiger Rechtsobjektivität fähigen Inbegriff, daß nämlich der einzelne Gegenstand vom dinglichen Recht durch diesen Oberbegriff hindurch erfaßt wird, ist schon oben abgelehnt worden. Eine direkte Zuständigkeit des dinglichen Rechts ist also weder bei der Sachgesamtheit noch beim Inbegriff an diesem selber oder durch ihn hindurch möglich. Es bleibt also nur die direkte Beziehung zur Sache selber[34]), die nur beim Vermögen als atomistischem Sammelbegriff denkbar ist; so geht rein aus dem Charakter des Sachenrechts hervor und ist daraus bewiesen, daß das Vermögen nur den Sinn eines Sammelbegriffs haben kann.

Herrschende Lehre und Literatur stehen überwiegend auf diesem die selbständige Rechtsobjektivität leugnenden Standpunkt[35]). Meist ist aber eine eindeutige Stellungnahme zu vermissen[36]). Da jedoch, wie oben bewiesen, auch hier der Rechtscharakter des dinglichen Rechts für die Vermögensstruktur entscheidend ist und diesem nirgends widersprochen ist, so kann diese Literatur für den Standpunkt des Vermögens als Sammelbegriff in Anspruch genommen werden.

Staudinger[37]) nimmt eine Mittelstellung ein, indem er ausdrücklich ausführt, daß das Gesellschaftsvermögen kein selbständiges Rechtssubjekt im Sinne einer juristischen Person ist, da es der Gesamtheit der Gesellschafter gehört, es sei aber doch eine Mittelstufe zwischen einer juristischen Person und den vereinigten Vermögensmassen mehrerer Einzelsubjekte. Er widerspricht sich aber selbst, indem er an anderer Stelle ausführt[38]), daß sich das dingliche Recht des Gesellschafters auf

---

[34]) Staudinger, § 719, II, 1; Crome II, S. 261, Anm. 17/18; Kipp, § 82, VI, 1; OLG., Dresden, Sächs. Arch., 1910, S. 144; Wolff, S. 27/28; Husserl, S. 128 ff.; RGR., 719, 2.

[35]) Binder, Rechtsstell. III, S. 25/26; Crome, 58, 2, S. 274; Kaufmann, S. 51; Dernburg, Lehrb. III, § 2, 3, S. 8; Kattausch, S. 60.

[36]) Enneccerus, § 115, II; RGE. 65, 231; Goldmann-Lilienthal, BGB., § 197, 4, S. 759; Hellwig, § 399, II u. § 29, Anm. 8; Joerges, 49, 174 ff.; insbes. 191; Kipp, § 137; Knoke, S. 92; Lager, 719; Oertmann, Vorbem. zu § 705; Sohm, S. 18, 23, 24; Tuhr, Allg. T. I, 328.

[37]) § 718, II, 2 u. IV.

[38]) 719, II, 1. Er widerspricht sich auch noch an anderen diesbezügl. Stellen, vgl. 738, I, 2 a u. 738, II, 2 b.

den einzelnen Gegenstand beziehen muß. Und wie oben nachgewiesen[39]), läßt sich beides nicht vereinen, indem die Bejahung des dinglichen Rechts des Gesellschafters am Gegenstand die Bildung einer rechtlichen selbständigen Vermögenseinheit unmöglich macht. Es gibt eben nur entweder — oder[40]).

Eine ganz entgegenstehende Stellung nimmt im wesentlichen Gierke ein[41]). Er vertritt dabei[42]) den Gedanken der deutschrechtlichen universitas iuris als eines selbständigen Rechtsobjekts.

Gierke hat den Gedanken der deutschrechtlichen universitas iuris als eines selbständigen Rechtsobjektes verschiedentlich eingehend entwickelt und insbesondere auch für die OHG. als geltendes Recht dargestellt[43]). Er vertritt heute die Ansicht, daß diese Forderung nach Anerkennung des Vermögens als Inbegriff vom Gesetz anerkannt sei, indem dieses beim Gesellschaftsvermögen im Familien- und Erbrecht sein atomistisches Grundprinzip durchbrochen habe[44]).

Dabei unterscheidet er zwischen körperlichen und unkörperlichen Gesamtsachen. Das Gesellschaftsvermögen rechnet Gierke als Sondervermögen mit objektiver Einheit unter die unkörperlichen Gesamtsachen. Er schreibt selbst: „Überaus ungleich ist das Maß rechtlicher Geschlossenheit, das dem Sondervermögen im Verhältnis zu dem übrigen Vermögen ihres Subjekts eignet“[45]). So ist die objektive Einheit des Sondervermögens von sehr verschiedener Art und Kraft. Die Einheit wird in dem Maße, in dem das Prinzip der gesamten Hand durchgeführt ist, durch den Einfluß der Personeneinheit gesteigert. Doch kommt dem Sondervermögen immer nur eine relative Selbständigkeit zu. Es ist als

---

[39]) s. oben S. 41/42 und 45.

[40]) Neuestens (9. Aufl.) trennt er zwischen einem Anteil am Vermögen und den Gegenständen, die er nebeneinander bestehen läßt. Daß dieses unmöglich ist s. o. S. 41/42.

[41]) Ihm haben sich angeschlossen: Endemann, Lehrb. I, § 50, Anm. 14, S. 229/30; Feine, S. 267; Deitigsmann, S. 10.

[42]) Gierke, Genoss.-Recht II, S. 64 ff.; Vereine ohne Rechtsfähigk. S. 30 ff.; Genoss.-Theorie, S. 365, 495 ff.; Arch. f. bürg. Recht, 19, 124; D. Privat.R. I, § 31; D. Privat.R. II, § 104, S. 56/57.

[43]) Genoss.-Recht II, S. 64 ff., 930 ff.; Genoss.-Theorie, S. 495 ff.; D. Privat.R. I, § 31.

[44]) Arch. f. bürg.R., 19, 124; D. Privat.R. II, 104, S. 56/57; Gierke, D. Entwurf u. d. dtsch. Recht, S. 410; Becker u. Fischers Beitr., Heft 18, S. 120.

[45]) D. Privat.R., Bd. II, S. 61.

einheitliches Ganzes ein von der Summe der Einzelpersonen verschiedenes Rechtsobjekt. Das Sachenrecht läßt sich, soweit anwendbar, auf eine unkörperliche Gesamtsache übertragen. So bildet sie Gegenstand eines einheitlichen Herrschaftsrechts. Dieses erschien der deutschrechtlichen Auffassung als Eigentum und muß, auch wenn es als Eigentum im technischen Sinne nicht anerkannt ist, doch als entsprechendes Vollrecht am Ganzen aufgefaßt werden.

Vertritt Gierke einmal eindeutig die Rechtsobjektivität, so macht er selbst wieder im weiteren auf die Ungleichheit der rechtlichen Geschlossenheit des Sondervermögens aufmerksam; diesem komme immer nur relative Selbständigkeit zu[46]).

Es muß doch eine Grenze geben, bis zu welcher Rechtsobjektivität vorliegt, und ab welcher man nicht mehr von einer solchen sprechen kann. Der Begriff der Rechtsobjektivität ist doch etwas Festliegendes, eindeutig Bestimmtes. Er ist nicht relativ. Er hängt an gewissen Kriterien, von deren Vorhandensein es abhängt, ob er vorliegt oder fehlt. Abgesehen davon begründet Gierke die Rechtsobjektivität nur mit dem Vorliegen eines einheitlichen Ganzen, ohne gerade dieses als das Notwendigste zu beweisen, und darauf nun baut er den Beweis der Rechtsobjektivität auf.

Er geht nun weiter und faßt den Anteil als eine wirkliche vermögensrechtliche Berechtigung, ein dingliches Recht. Da er aber eine dingliche Berechtigung an den Gegenständen leugnet, ebenso eine mittelbare, durch den Anteil am Vermögen vermittelte Berechtigung an den Gegenständen ablehnt, so steht und fällt sein ganzer weiterer Aufbau mit der Möglichkeit der dinglichen Berechtigung an einer Gesamtsache.

Der Beweis, den er für die Möglichkeit einer solchen Berechtigung erbringt, kann als nicht überzeugend bezeichnet werden. Er führt nämlich an, daß sich das Sachenrecht, soweit anwendbar, auch auf unkörperliche Sachen übertragen läßt[47]). Dies begründet er, indem er e i n Beispiel (Bahneinheit)[48]) anführt. Ohne auf dieses näher eingehen zu wollen, kann diese Beweisführung doch als zu mangelhaft bezeichnet

---

[46]) Er widerspricht sich auch noch anderweitig, wenn er z. B. erwähnt (Genoss.-Theorie, 366), die Gemeinschaft könne nicht eine objektive Einheit als ihre Grundlage von der übrigen Rechtswelt ausscheiden.

[47]) Gierke, D. Privat.R., Bd. II, S. 63.

[48]) ebenda, Anm. 68.

werden, um darauf weiterbauen zu können und allgemeine Schlüsse daraus zu ziehen, ganz abgesehen davon, daß damit der vom Gesetzgeber normierte Standpunkt[49]) widerlegt wäre. Wir müssen daher dabei bleiben, daß an einem Inbegriff kein dingliches Recht möglich ist. Daran würde auch eine einmalige Durchbrechung durch das Gesetz (wenn bei Nießbrauch wirklich eine solche vorliegt) grundsätzlich nichts ändern können.

Die Beweisführung Gierkes für eine Einheit des Vermögens kann damit als nicht überzeugend abgelehnt werden.

Neben dieser konsequent germanischen Ansicht Gierkes vom Vermögen als Einheit steht nun noch eine Reihe von Autoren, die wohl Momente der Einheit betonen, diese aber doch nicht absolut vertreten. Untersucht man deren Gründe, so wird vor allem auf den Bestand des Vermögens als selbständiges Zweckvermögen hingewiesen, der es nicht entzogen werden kann, ohne daß das Gesellschaftsverhältnis erlischt[50]). Weiterhin, daß es stets nur dem jeweiligen Bestand von Mitgliedern unterworfen ist. Dafür spricht ferner das Surrogationsprinzip § 718 II BGB.; der Erwerb der Geschäftsführung nur für die Gesellschaft § 718 I BGB. Weiterhin kann auch das Gesamtvermögen nach außen gewissermaßen als Gläubiger auftreten, für gewisse Fälle sogar nach innen. Als weitere Momente werden angeführt[51]): die Gegenstände des Vermögens haften in erster Reihe; weiter kommen die Verwendungen als Vermögensverwendungen, nicht bloß als Sachverwendungen in Betracht. Auf die Behandlung dieser einzelnen Fragen kann hier nicht eingegangen werden, treffen sie doch alle nicht das Entscheidende. Sie enthalten z. T. einen an sich richtigen Kern, sozusagen den von der germanischen Seite aus gebildeten Ansatz, der sich aber, weil nicht durchgebildet, nicht gegen den römisch-rechtlichen atomistischen Standpunkt des Gesetzes durchsetzen kann, der voll durchgebildet ist und sich dazu noch auf die übrigen gesetzlichen Grundlagen, wie das Sachenrecht, stützt.

Diese sämtlichen genannten Gründe, die für eine solche Vermögenseinheit angeführt wurden, pflegen gesammelt mit dem Begriff des Son-

---

[49]) s. oben S. 35.

[50]) § 726, BGB.; Staudinger, § 1389; Oertmann, § 876; Deitigsmann, S. 10/11; Tamm, S. 31.

[51]) s. Kohler, S. 5.

dervermögens identifiziert zu werden. Dieses sammelt alle Gründe zur Einheit und stellt mit dieser Zusammenfassung sozusagen die Grenze der begrifflichen Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens als Einheit, gegen die römische atomistische Theorie dar.

Das Gesetz kennt den Ausdruck Sondervermögen nicht. Er ist heute jedoch allgemein üblich[52]). Man pflegt darunter einen Vermögenskomplex zu verstehen, der einem besonderen Zweck gewidmet ist und dadurch ein Sonderschicksal erleidet. In der Gesellschaft kommt er durch die Aussonderung eines Teils des Vermögens der Gesellschafter zu dem im Vertrage bestimmten gemeinsamen Zweck zur Erscheinung und wirkt sich in der Sonderung des gesamthänderischen Vermögens, des Anteils des Gesellschafters von seinem Privatvermögen aus[53]).

Da jedoch in der Gesellschaft die Zweckbindung nur relativ ist, so ist der Begriff des Sondervermögens in der Gesellschaft gar nicht rein durchgeführt[54]). Beim gesellschaftlichen Sondervermögen kann deshalb von einer Einheit nur geredet werden aus den schon oben beim Vermögen angeführten Gründen. Insoweit als eben durch die vorliegenden Bestimmungen eine Schicksalsgemeinschaft der Stücke des Sondervermögens geschaffen wird, als durch die für alle Vermögensstücke gleichen, die gesamthänderischen Vorschriften, gemeinsame und vom übrigen Privatvermögen der Gesellschafter getrennte Vermögensteile des Gesellschaftsvermögens begründet werden. Soweit der germanischrechtliche Ansatz. — Diese Gründe sind gegenüber den schon oben beim Vermögen erwähnten, die gegen die Einheit sprechen, nicht stichhaltig. Unter strenger Zugrundelegung der durch das Gesetz gegebenen Grundsätze und Grenzen kann das Gesellschaftsvermögen nur als Sammelbegriff aufgefaßt werden.

## § 6. Der Anteil.

Bisher wurde festgestellt, daß jeder einzelne Gesellschafter ein Recht je am einzelnen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens hat. Welcher Art ist dieses Recht des Gesellschafters? Diese Frage pflegt unter dem Thema des Anteils behandelt zu werden.

---

[52]) Gierke, D. Privat.R., Bd. II, S. 57.

[53]) Cosack, 444; Deitigsmann, S. 9 ff.

[54]) Die Gesellschafter können durch gemeinsamen Beschluß Teile des Sondervermögens seinem ursprünglichen Zweck entziehen. RGE., 92, 298.

Das Problem des Anteils gehört zu den umstrittensten Kapiteln der Gesamthand. Das kommt zum Teil daher, weil die Frage des Anteils gar keine einheitliche ist, weil sie in verschiedene Fragen zerfällt. Zum Teil liegt es in der Ungenauigkeit und Vieldeutigkeit der Bezeichnung „Anteil" überhaupt.

So faßt ihn die eine Anschauung überhaupt nur als Funktion auf, z. B. Gierke, der ihn lediglich als Bezeichnung für eine Art der Mitberechtigung gelten lassen will, während ihn andere direkt mit dem Recht identifizieren, das dem einzelnen gegenüber den übrigen Gesellschaftern zusteht[55]). „Anteil" kann einmal possesorische Bedeutung haben, das anderemal nur ein Teilungsverhältnis, eine „Quote" bezeichnen wollen.

Gierke[56]) faßt den Anteil folgendermaßen: Innerhalb der Gemeinschaft zur gesamten Hand gibt es keine rechtlich selbständigen Sachanteile an einzelnen Gegenständen. Der Anspruch des einzelnen Gesellschafters geht nur auf Mitbeteiligung an der Verwaltung oder Vertretung des Vermögensganzen. Es bestehen zwar Anteile der Gesamthänder am Vermögen, an dessen einzelnen Gegenständen, aber der Anteil an diesen ist nicht Gegenstand der Verfügung, verfügbar ist nur die Gesamtheit der Anteile. Auf die Ansicht Gierkes braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da sie auf Grundlagen aufbaut, die im Vorhergehenden abgelehnt wurden.

Vertreter des direkten Anspruchs, des Anspruchs auf den Teil sind die Anhänger der Theorie der geteilten Berechtigung, der „Quotentheorie"[57]).

Diese bezieht die dinglichen Rechte auf den einzelnen Gegenstand, an dem sie jeden einzelnen anteilig berechtigt. Diese Berechtigung umfaßt Eigentum und die Befugnis des einzelnen an Verwaltung und Vertretung teilzunehmen. Diese Handlungsberechtigung bestimmt sich nach Maßgabe einer besonderen, durch Gesetz oder Vereinbarung zu treffenden Regelung. Die hierdurch begründeten, nicht schon in der Handlungsgemeinschaft als solchen gegebenen Ansprüche sind, da sie sich nur gegen die Mitberechtigten richten, persönlicher Natur[58]). Diese Berechtigung

---

[55]) Gierke, D. Privat.R. I, S. 664, Genoss.-Theorie, S. 362.

[56]) ebenda.

[57]) Joerges-Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht; Binder-Affolter, Engländer, Regelmäßige Rechtswissenschaft.

[58]) s. Engländer, S. 108 ff.

ist je als ein Teilrecht an dem einzelnen dinglichen Recht zu denken, und zwar in der Art, daß der gesamte gemeinsame Rechtsinhalt des betreffenden Rechtes in Rechtsanteile, in denen und durch die er ausgeübt wird, geteilt wird. Diese sind, wie sich aus der grundsätzlich inhaltlichen Gleichstellung der Rechtsstellungen der Gemeinder ergibt, untereinander gleich. So bekommen wir mehrere Einzelzuständigkeiten, nicht die Zuständigkeit eines Rechtsinhalts an mehrere.

Diese Gesamthandstheorie und ihre rein romanistische Anteilsbegründung steht im Gegensatz zu der heute herrschenden und auch im Gesetz begründeten Auffassung, sie muß daher abgelehnt werden[59]). Ihre Anhänger begehen den Fehler, den Anteil zu spalten; sie geben dem Gesellschafter wohl die Verwaltungsbefugnis, aber nicht die Verfügungsbefugnis an diesen Teilen.

Ein weiterer Vertreter des wirklichen Anteils ist Sohm[60]). Auf seine Ansicht soll näher eingegangen werden. Er sagt: Der Anspruch jedes Gesellschafters entspringt dem Mitgliedschaftsrecht. Der Anteil am Gesamtgut besteht nicht neben oder außer der Mitgliedschaft, er ist das Mitgliedschaftsrecht. Er wird durch dieses begründet, ist ein rein persönliches Recht. Der Gesellschaftsvertrag erzeugt die Rechtsänderung als personenrechtlicher Vertrag. Die güterrechtliche Wirkung tritt rechtssatzmäßig ein. Das Vermögen stellt als solches gar keine Einheit dar. Die Gesellschafter sind nicht nur an dem Vermögen, sondern anteilig berechtigt. Kraft Gesetzes wirkt der Anspruch auch in Hinsicht auf das Vermögen. Das Gesamthandsverhältnis gilt also auch für dieses. Und zwar, weil letzteres nicht Gegenstand einer Verfügung sein kann und der Anspruch der Gesellschaft deshalb direkt auf die Gegenstände geht, an ihnen besteht. Die Gesamtberechtigung bedeutet Gemeinschaft eines Inbegriffs von Gegenständen. Dies ist wirklicher Anteil. Die Mehrheit der Berechtigten schließt die Teilung der Rechtszuständigkeit notwendig in sich. Diese Teilberechtigung an den einzelnen Gegenständen ist eine gemeinsame Berechtigung nach ideellen Teilen, die rechnerisch bestimmbar, aber nicht Bruchteile nach BGB., kein Vermögensrecht sind. Da der Anteil personenrechtlich ist, kann über ihn nicht verfügt werden,

---

[59]) s. Christen, S. 46, RGE., 48, 412; RGR., Komm., § 719, 1; J. W., 1904, 61, 17.

[60]) s. Sohm, S. 60 ff.

das ist nur über den ganzen Gegenstand möglich. Der Anteil als solcher ist nicht schlechthin dinglich-rechtlich, kann nicht Gegenstand einer Verfügung, nicht Objekt eines dinglichen Rechtes sein[61]). Sohm vertritt die oben auf Grund des Standpunktes des Gesetzes als einzig möglich erklärte Mittelmeinung[62]), die zwar germanisch-rechtliche Begründung der Gesamthand und des Anteils des Gesellschafters, in Einklang gebracht mit dem römisch-rechtlichen Charakter der Zuständigkeit des dinglichen Rechts. Er vertritt mit Gierke den auf Grund spezieller Gesetzgebung. gesetzlicher Anerkennung des gesamthänderischen Prinzips, gerechtfertigten Standpunkt des personenrechtlichen Anteils. Er vertieft diesen noch, indem er ihn an die Mitgliedschaft bindet. An den Stellen aber, an denen Gierke in Konsequenz seiner germanistischen Anschauung über das geltende Recht, den augenblicklichen Standpunkt des Gesetzes, hinausgeht, verharrt er bei diesem. Er vertritt also den atomistischen Vermögensbegriff, das Recht jeden einzelnen Gesellschafters auf jedes Stück des Gesellschaftsvermögens. In der Erklärung des Anteils aber geht er fehl. Er erklärt diesen als identisch mit der Mitgliedschaft.

Dazu ist zu sagen, daß sich die Mitgliedschaft nicht mit der Forderung des Anteils erschöpft. Aus ihr resultiert die gesamte gesellschaftsrechtliche Stellung des Gesellschafters, seine gesamten Rechte und Pflichten[63]). Die Konsequenz (die Sohm aber nicht gezogen hat) bei Annahme von Anteil als wirklichem Anteil und Identischerklärung von Mitgliedschaft und Anteil würde dazu führen, den Anteil als Teilungsverhältnis am Gegenstand (Quote) anzuerkennen. Und zwar durchaus im Sinne des Wortes „Teil", was auf die Theorie der geteilten Berechtigung hinausliefe, die schon oben abgelehnt wurde.

Wie schon oben erwähnt wurde, zerfällt die Frage des Anteils eigentlich in mehrere. Der Anteil stellt gar kein einheitliches Recht dar. Er zerfällt in zwei verschiedene Teile: die subjektive Berechtigung des Gesellschafters auf Geltendmachung — und die Form der Geltendmachung, die sich je nach Art der zugrunde liegenden Materie richtet und ebenfalls wieder als Recht erscheint[64]).

---

[61]) Nur etwas Verfügbares, ein Gegenstand, kann Objekt eines dinglichen Rechtes sein, s. Sohm, S. 1 ff.

[62]) s. oben S. 34. Ihm haben sich angeschlossen Staudinger in § 789, II, 1 u. 1 a; Chriesten, S. 56 ff.

[63]) Vgl. Feine, S. 262/63.

[64]) Diesen zwei Seiten entspricht auch die Art des Zustandekommens der

Gierke drückt dies folgendermaßen aus[65]): Das Gemeinschaftsverhältnis wird von dem personenrechtlichen Band bestimmt. Von der anderen Seite her wirkt aber zugleich die Beschaffenheit des Gegenstandes der Gemeinschaft auf deren Gestaltung maßgebend ein.

Da der Anteil sich auf das Vermögen und die Gegenstände bezieht, besteht also auch, da ein Recht am Vermögen als solchem wie nachgewiesen nicht in Frage kommt, ein Recht an allen Bestandteilen des Vermögens. Es besteht also in Wirklichkeit nicht ein Anteil des Gesellschafters, sondern es gibt so viele, als das Vermögen Stücke enthält[66]).

Doch nun zu den schon oben erwähnten zwei Seiten des Anteils. Die subjektive Berechtigung des Gesellschafters datiert rein nach außen vom Abschluß des Gesellschaftsvertrages an. Sie findet ihre Stütze im Gesellschaftsrecht. Der Vertrag enthält aber auch noch interne Wirkungen, begründet und grenzt gegenseitige Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander ab. Diese innere Bindung enthält im Gegensatz zu den eigentlich nur obligatorischen Vertragswirkungen gewisse die Gesellschafter in ihrer Person verpflichtende Wirkungen, die z. B. zum Ausdruck kommen in der Beschränkung der Gesellschaft auf einen gewissen Personenkreis.

Man bezeichnet deshalb den Gesellschaftsabschluß der Gesellschafter auch als einen personenrechtlichen Vertrag, bezeichnet die Rechte und Pflichten der Gesellschafter als an einen fest umgrenzten Personenkreis gebunden, als abhängig von der Mitgliedschaft. Die Errichtung der Gesellschaft geschieht nicht durch konstituierenden Gesamtakt, sie muß als Gesellschaftsvertrag aufgefaßt werden. Dieser Gesellschaftsvertrag enthält, weil er eine personenrechtliche Verbundenheit setzt, etwas von einer Vereinigungstat[67]). Es ist ein Vorgang mit personenrechtlicher Vereinigungskraft. Die Gesellschaft ist so eine Gemeinschaft, zu der mehrere Personen durch ein die Persönlichkeit als solche ergreifendes Rechtsverhältnis verbunden sind. — Die Berechtigung der Gesellschafter

---

Verfügung über einen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens, diese setzt sich auch zusammen: 1. aus Übereinkommen der Gesellschafter (nach innen) und 2. der gesamthänderischen Verfügung (nach außen).

[65]) Privat.R. I, S. 675/76.

[66]) Vgl. Staudinger, Aufl. 9, Vorbem. IV, 1, wo dies im Gegensatz zu Aufl. 8 klar zum Ausdruck kommt.

[67]) Gierke, Vereine, S. 15.

läßt sich also auf den bei Entstehung der Gesamthand zwischen den Gesellschaftern begründeten Gesellschaftsvertrag mit personenrechtlicher Wirksamkeit zurückführen. Diese Wirksamkeit erstreckt sich auch auf das Gesellschaftsvermögen. Die Berechtigung am Vermögen entspringt dem personenrechtlichen Verhältnis der Mitgliedschaft in der mit Gütergemeinschaft ausgestatteten Personengemeinschaft.

Die subjektive Berechtigung des einzelnen Gesamthänders ist also personenrechtlicher Natur, begründet durch den personenrechtlichen Grund der Mitgliedschaft[68]).

Dieser Berechtigung einerseits entspricht andererseits die Form der Geltendmachung, die sich je nach der Art der zugrunde liegenden Materie richtet und ebenfalls wieder als Recht erscheint. Dieses Recht also ist bestimmt durch die Art der zugrunde liegenden Materie mit Rücksicht auf die gesamthänderischen Vorschriften, kann also z. B. dinglicher oder obligatorischer Natur sein. In Anbetracht der dinglichen Rechte des Vermögens läßt sich also sagen, daß der zweite Teil des Anteils dinglich-rechtlicher Natur ist. Dem Gesellschafter steht also auf Grund seiner Berechtigung z. B. auf eine bestimmte Sache des Vermögens ein dingliches Recht an dieser zu[69]). Bezeichnen wir dieses zweite Recht, diese zweite Seite des Anteils in Anbetracht ihrer Abhängigkeit von dem zugrunde liegenden Vermögensstück als vermögensrechtlich, so läßt sich der Anteil folgendermaßen definieren:

> Was dem Gesellschafter als „Anteil am Vermögen" zusteht, ist nicht ein, sondern eine Vielheit von Anteilsrechten. Jedes dieser Anteilsrechte ist juristisch gesprochen ein Recht auf ein Recht. Das erste, das Ursprungsrecht, ist personenrechtlicher Natur, das andere entspricht dem Vermögensstück, auf das es gerichtet ist; ist vermögensrechtlich.

Gemäß dem Gesamthandsprinzip steht jedem Gesellschafter ein Anteilsrecht, ein solches Recht auf ein Recht zu. Wo liegt nun die gesamthänderische Beschränkung? Ist das Personenrecht oder das Vermögensrecht beschränkt oder beide?

Den gesamthänderischen Vorschriften gemäß lassen sich zweierlei

---

[68]) s. Sohm, S. 60 ff.; Staudinger, 9. Aufl., Vorbem. IV, 1 von § 705.

[69]) Vgl. Staudinger, Aufl. 9, § 736, I, 2, § 719, III; vgl. Feine, S. 263.

Beschränkungen unterscheiden. Die eine ist die spezielle dingliche Bindung der Vermögensstücke durch § 719, die andere die allgemeine, sich aus den Gesamthandsvorschriften ergebende Beschränkung[70]).

Die dingliche Bindung des § 719 ist eine speziell im Gesetz ausgesprochene Bindung. Sie muß also das vorliegende Recht im Sinne des § 719 auch absolut ergreifen, eine eigenmächtige Verfügung z. B. über einen Gegenstand unmöglich machen. So kann also nicht wirksam auf einen Dritten übertragen werden. Nach RGE. 92,398 ist aber eine solche Verfügung wirksam (ohne daß das RG. den Grund aufdeckt, weil es lediglich formal bei Entscheidung der Frage auf die im Gesetz gemachte Unterscheidung zwischen absoluter Nichtigkeit und relativer Unwirksamkeit hinweist).

Die Erklärung bietet eben obige Definition des Anteils. Es wird nämlich durch § 719 nur das personenrechtliche Recht des Gesellschafters gebunden, nicht dagegen das vermögensrechtliche Recht, also hier das Sachenrecht. Die Verfügung war also nur betreffs des Personenrechts, nur sozusagen nach innen, den anderen Gesellschaftern gegenüber im Sinne des § 135 unwirksam, da sie ohne die personenrechtliche subjektive Berechtigung betreffs des Innenverhältnisses erfolgt ist.

Die allgemeine sich aus dem gesamthänderischen Recht an sich ergebende Verfügungsbeschränkung kann als Vertragsabmachung nur das dieser Regelung Erreichbare ergreifen. Sie erfaßt vom Anteil also ebenfalls nur das personenrechtliche Recht des Gesellschafters, kann nicht den Charakter des im Gesetz festgelegten dinglichen Rechts ändern. Dies geht am klarsten ebenfalls aus der eben erwähnten Wirksamkeit von eigenmächtigen Verfügungen eines Gesellschafters hervor[71]). Denn der erwerbende Dritte erwirbt volles Eigentum, nicht etwa ein irgendwie beschränktes Sachenrecht.

Noch deutlicher wird dies, wenn man annimmt, es sei vertraglich nicht Gesamtübereinstimmung, sondern Mehrheitsstimmrecht bedungen. Dies muß grundbuchmäßig eingetragen werden[72]), da es eine absolute Schmälerung des Rechts (Sachenrechts) der einzelnen Gesellschafter zur Folge hat. Da eine eigenmächtige Verfügung eines Gesellschafters über einen Gegenstand nach RG. auch jetzt nach Einführung des Mehrheits-

---

[70]) s. Kaufmann, S. 11.
[71]) RGE., Bd. 92, S. 398.
[72]) § 148, GBO.

stimmrechts wirksam ist, so hat die Einführung des Mehrheitstimmrechts praktisch an dem Recht des Gesellschafters nach außen, der sachenrechtlichen Seite des Anteils gar nichts geändert.

Beim Anteil ist also das Personenrecht als gesamthänderisch beschränkt zu denken, während das Vermögensrecht dem Gesellschafter grundsätzlich unbeschränkt zusteht.

An dieser Stelle muß noch auf die neue Anteilstheorie Staudingers[73]) eingegangen werden. Diese basiert auf ungenauem Vermögensbegriff[74]), denn sonst könnte er nicht zu einem Anteil am Vermögen und Anteil an den Gegenständen kommen. Das ist begrifflich nicht möglich[75]).

Aus dieser Unterscheidung und zu ihrer Begründung kommt er auch zu der Erklärung der Entscheidung des RG. Bd. 92, S. 396[76]). Er sagt, daß wohl eine Verfügung über den Anteil am Vermögen, nicht aber über den Anteil an einem Gegenstand möglich sei. Diese Erklärung widerspricht dem klaren Text der Entscheidung. Wohl heißt es in der Überschrift zu der Entscheidung: Verfügung über einen Anteil am Gesellschaftsvermögen, aber die nachher getroffene Entscheidung behandelt in Wirklichkeit den Anteil an einem solchen Gegenstand und fällt für diesen obiges Urteil. Damit dürfte diese Erklärung Staudingers hinfällig sein.

Das vermögensrechtliche dingliche Recht, das dem Gesellschafter am Vermögen zusteht, läßt sich dahin beschreiben, daß jedem Gesellschafter ein durch die gesamthänderische Mitberechtigung der übrigen beschränktes dingliches Recht an den Gegenständen zusteht. Diese Beschränkung läßt sich rechnerisch nicht ausdrücken, da es ja keine Quoten gibt. Staudinger drückt dies folgendermaßen aus[77]): Jeder der mehreren Berechtigten ist durch die Konkurrenz der anderen Berechtigten beschränkt. Es besteht also zweifellos keine Alleinzuständigkeit an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen. Damit ist aber nicht gesagt, daß nun mit zwingender Notwendigkeit eine Teilung nach ideellen Quoten hinsichtlich der Zuständigkeit Platz greifen muß. Es gibt begrifflich nicht nur eine Alleinzuständigkeit und eine Sonderzuständigkeit zu ideellen Quoten. Es ist auch eine Mitberechtigung mehrerer Rechtssubjekte in der Weise möglich, daß die mehreren Rechts-

---

[73]) 9. Aufl., Vorbem. IV, 1 u. 2; Vorbem. IV, 2 u. 1, 718, 5.
[74]) s. oben S. 45/46; s. Staudinger, 718, I, Aufl. 9.
[75]) s. oben S. 41/42.
[76]) s. Staudinger, Aufl. 9, Vorbem. IV, 1 u. 2 vor § 705.
[77]) 9. Aufl., Vorbem. IV, 1 vor § 705; vgl. dazu die Definition unten S. 75.

subjekte zusammen die Rechtsträger sind, jeder ist in seiner Berechtigung durch die Konkurrenz der anderen beschränkt, aber ohne daß eine Teilung nach rechnerisch bestimmten Quoten während der Dauer der Gemeinschaft eintritt.

Vom Standpunkt des Sachenrechts aus bildet dieses so konstruktiv entstandene und zum Bestandteil der herrschenden Lehre gewordene gesamthänderische Miteigentum[78]) keine selbständige von sich aus bestehende Form. Miteigentum zur Gesamthand kann rechtsgeschäftlich nur mittelbar, nämlich durch Vereinbarung eines entsprechenden gesamthänderischen Rechtsverhältnisses, entstehen.

## § 7. Eingebrachte Gegenstände.

Neben dem dinglichen Recht, das durch den Anteil dem Gesellschafter an den einzelnen Stücken des Gesellschaftsvermögens zusteht, muß noch eine zweite Gruppe des § 738 erwähnt werden: die Rechte des Gesellschafters an den überlassenen Gegenständen. Wie weit können sie als dinglich rechtliche bezeichnet werden?

Man pflegt hier Einlagen quoad usum von den Einlagen quoad sortem, die ins Vermögen gefallen sind, zu unterscheiden. Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen (§§ 91, 92 BGB.) beizutragen, so gilt die Vermutung, daß sie zu Eigentum zu übertragen sind. Das gleiche gilt von Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnbeteiligung bestimmt ist. Das Eigentum an einer beweglichen Sache geht nicht über, wenn auch nur ein Gesellschafter nicht in gutem Glauben ist. Dagegen geht durch gutgläubigen Erwerb früheres Eigentum und frühere dingliche Rechte an den eingebrachten Gegenständen unter.

Der Gesellschafter kann diese der Gesellschaft zu Eigentum überlassenen Gegenstände nicht zurückfordern.

Die quoad usum überlassenen Gegenstände nehmen insofern eine Ausnahme ein, als sie mit dem Austritt eines Gesellschafters (§ 738 BGB.) zurückzugeben sind und als der Gesellschafter für ihren Untergang und ihre zufällige Verschlechterung keinen Anspruch auf Ersatz hat. Sie sind als der Gesellschaft zum Besitz überlassen zu denken, dem Gesellschafter geht an ihnen das Eigentum nicht verloren, sie werden also bei

---

[78]) s. Staudinger, § 1008, III; Wolff, S. 28/29, § 88, II.

der Einbringung nicht gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter[79]). Vielmehr ist nur das Recht der Benützung Bestandteil des Gesellschaftsverhältnisses geworden.

Es handelt sich hier um eine Gebrauchsüberlassung oder Nutzung. Diese kann einmal in Form des rein obligatorischen Vertrages gekleidet werden[81]). Bei der Gewährung des Gebrauchs von Sachen oder Gegenständen fehlen die den §§ 445—493 BGB. entsprechenden Vorschriften. Man wird jedoch meistens dafür die Regeln der Miete und Pacht in Anwendung bringen können (in diesem Falle greift Mängelhaftung Platz).

Die Gesellschaft ist dem Gesellschafter beim Austritt zur Rückgabe der Sachen verpflichtet. Der Ausscheidende besitzt den Anspruch auf Rückgabe ohne Rücksicht darauf, ob er Eigentümer der von ihm zur Benutzung eingeworfenen Gegenstände ist oder nicht.

Aus der Gesamtheit dieser Umstände läßt sich für den Fall des quoad usum Eingebrachten der Schluß ziehen, daß der Gesellschafter dinglich berechtigt ist und bleibt. Es handelt sich lediglich um den Fall der Gebrauchsüberlassung für die Dauer der Mitgliedschaft des betreffenden Gesellschafters. Die übrigen Gesellschafter besitzen keinerlei dingliche Rechte an diesen eingebrachten Gegenständen.

Der Tatbestand und die Abgrenzung der beiden verschieden zu behandelnden Klassen wird freilich dann zweifelhaft, wenn der Gesellschafter nicht die ganze Sache überlassen hat, sondern nur ein dingliches Recht hieran bestellt wurde, z. B. Nießbrauch, Dienstbarkeit, Erbbaurecht. Hier muß man sich die schon bei der Frage der Übereignung erwähnten Grundsätze vor Augen halten. Handelt es sich also um nicht übertragbare Gerechtsame, wie Nießbrauch und mietsartige Benutzungsrechte, so sind die Sachen offenbar nur quoad usum gemeinsam; anders wird es bei der Gesellschaft bestellten Grundgerechtigkeiten und Erbbaurechten sein, hier hat die Gesellschaft übertragbare Rechte erworben, die nicht ohne weiteres dem Besteller wieder zurückzugewähren sind[82]). Auf die bei dieser Scheidung unter die Regel des quoad usum-Gutes gefallenen Gegenstände können wir den schon eben angeführten dinglichen

---

[79]) s. Rau, S. 36.

[80]) RGR., Komm., § 706, Anm. 3.

[81]) Vgl. Neudegger, S. 79.

[82]) s. Oertmann, § 732. — Oertmann will den Fall übereinstimmend nach Art der Übereignung behandelt wissen, ebenso Staudinger, §§ 732 u. 733.

Tatbestand geltend machen; die andere Gruppe wird als quoad sortem-Gut behandelt, d. h. sie fällt unter das Vermögen und den beim Anteil behandelten dinglichen Tatbestand.

---

## B. Ausscheiden eines Gesellschafters.

### § 8. Voraussetzungen.

Wie an der Gesellschaftsgeschichte im Vorhergehenden gezeigt wurde, hat erst die Aufnahme des Gesamthandsverhältnisses das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellchaft überhaupt möglich gemacht. Im BGB. ist der Grundsatz der Gesamthand vom Gesetzgeber allerdings nicht zum Rechtsprinzip ausgestaltet worden. Er ergibt sich lediglich aus Einzelbestimmungen der §§ 714, 718, 719, 725, 738 BGB.[1]).

Dieses so ermöglichte Ausscheiden ist das Herauslösen eines Gesellschafters aus dem die Gesellschaft umschlingenden und in gleicher Weise fortdauernden personenrechtlichen Bande von vermögensrechtlicher Wirksamkeit. Das BGB. ist mit seiner Definition voll in Übereinstimmung mit dem Genossenschaftsgesetz (§ 65), das ebenfalls unter Ausscheiden den Wegfall eines Gesellschafters aus der im übrigen fortbestehenden Gesellschaft versteht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Gesellschafter die Mitgliedschaft mit seinem Willen, zufolge eines in seiner Person eintretenden Ereignisses (§ 736 BGB.) oder kraft eines Willensaktes der übrigen Gesellschafter (§ 737 BGB.) verliert. Für letzteren Fall des Ausscheidens gebraucht das Gesetz die besondere Bezeichnung „Ausschließung". Die Arten des Ausscheidens können auch in zwei Gruppen geteilt werden. Ausscheiden im engeren Sinne (freiwilliges Ausscheiden, in seiner Person eintretendes Ereignis) und Ausscheiden im weiteren Sinne (Ausschluß).

Eine umfassende Bedeutung hat die Bezeichnung Ausscheiden in den §§ 24, 139 BGB. Dort umschließt sie alle Fälle, in denen ein Gesellschafter aufhört, Mitglied einer Gesellschaft zu sein, gleichviel, ob die Gesellschaft dadurch aufhört oder trotzdem fortbesteht[2]).

Grundsätzlich wird die Gesellschaft des BGB. durch das Ausscheiden eines Mitgliedes aufgelöst. Rein begrifflich wird also Ausscheiden erst

---

[1]) Adler, der darin die Grundsätze einer modifizierten römischen Sozietät zu erkennen meint, steht mit seiner Ansicht ganz allein da.

[2]) Vgl. Staub, Anm. zu §§ 24, 139, HGB.

ermöglicht durch die Bestimmung, daß bei Ausscheiden Fortsetzung der Gesellschaft überhaupt möglich ist. Diese Handhabe bietet § 737 BGB.[3]). Voraussetzung ist, daß die Möglichkeit des Ausscheidens vorher im Gesellschaftsvertrag erwähnt ist. Fehlt eine solche Vertragsabmachung, so kann bei Eintritt eines der Ausscheidungsgründe die Gesellschaft als solche nicht weiter bestehen, sondern ist kraft Gesetzes aufgelöst.

An eine bestimmte Form ist dieser Vertrag nicht gebunden. Wie bei allen Verträgen unter Gesellschaftern genügt auch hier eine mündliche Abmachung[4]). Die einzige Bedingung ist nur, daß diese Abrede vor der Auflösung vollzogen worden ist[5]).

Ob dies in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage oder in einem Nachtrag dazu geschieht, ist für die rechtliche Bedeutung unerheblich[6]). Ein Majoritätsbeschluß über das Fortbestehen ist nicht für genügend zu erachten, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß Abänderungen oder Ergänzungen desselben durch eine Mehrheit beschlossen werden dürfen. Denn hier steht eine Vereinbarung in Frage, wie sie die Grundlage des ganzen Gesellschaftsverhältnisses betrifft[7]). Zu einer solchen, wie zu einer nachteiligen Abmachung der Gesellschafter ist ebenso wie zum ursprünglichen Gesellschaftsvertrag grundsätzlich Übereinstimmung notwendig[8]). Durch die Vereinbarung des Fortbestehens der Gesellschaft würde der Anspruch auf Eintritt der Liquidation, den nach § 723 ff., 730 ff. BGB. jeder Gesellschafter für den Fall der Auflösung hat, zu einem bloßen Abfindungsanspruch herabgemindert. Deshalb kann bei der so eintretenden Rechtsminderung ein Gesellschafter nicht ohne seine Einwilligung einem Mehrheitsbeschluß unterworfen werden. Stimmt der Ausscheidende der Vereinbarung zu, so verzichtet er damit auf den ihm an sich zustehenden Liquidationsanspruch und begnügt sich mit dem Abfindungsanspruch. Der Beschluß ist also gültig.

Eine weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit des Ausscheidens eines Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft gibt uns § 736 BGB. Dieses Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern liegt zwar

---

[3]) Vgl. HGB., §§ 139, 140, 141.
[4]) s. Denkschrift, S. 85.
[5]) s. Gösch, S. 16.
[6]) s. Planck, S. 480.
[7]) Dernburg II, 2, S. 536.
[8]) Vgl. RGE., Bd. 16, S. 45.

nicht im Wesen der Gesellschaft, entspricht aber, wie die Motive II, S. 36 deutlich besagen, einem unverkennbaren praktischen Bedürfnis. Außerdem stimmt dieser gesetzgeberische Gedanke auch mit Artikel 127 HGB. ä. F. und 138 n. F. überein[9]). § 736 lautet: „Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, oder der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbesteht, so scheidet bei dem Eintritt eines solchen Ereignisses der Gesellschafter, in dessen Person es eintritt, aus der Gesellschaft aus.“ Die ursprüngliche Fassung[10]), in der die Natur des Ausscheidens darin zum Ausdruck kommt, „daß der Gesellschafter aus der im übrigen fortbestehenden Gesellschaft ausscheiden solle“, wie in der Kommission für die zweite Lesung beantragt wurde, ist von der Redaktionskommission nicht angenommen worden[11]). Das Gesetz begnügt sich mit einer Bestimmung über die Voraussetzungen und den Zeitpunkt des Austritts. Im Falle einer derartigen Abmachung wird trotz des Ausscheidens eines Gesellschafters die alte Gesellschaft als fortbestehend angesehen, also nicht eine Neubegründung der Gesellschaft subsumiert[12]). Der Unterschied von einer juristischen Person bleibt aber auch in diesem Falle erhalten, vor allem da auch die übrig bleibende Gesellschaft nur Gesamthand, nicht Rechtspersönlichkeit ist, dieses Fortbestehen bei der Gesellschaft auf Grund obligatorischer Verpflichtungen eintritt.

Wenn nun kein solcher Vertrag bestanden hat und wenn nach einer durch Kündigung, Tod oder Konkurs eingetretenen Auflösung die übrigen ehemaligen Gesellschafter die Gesellschaft fortführen wollen, so kann von der Möglichkeit der Fortführung keine Rede sein, denn die Gesellschaft ist durch das betreffende Ereignis aufgelöst worden.

Anders als das AD.HGB. Art. 128 bzw. § 45 n. F. wich auch das ältere preußische Handelsrecht hierin vom BGB. ab. Vorliegende Bestimmungen, die in die Gesellschaft des BGB. nur kraft besonderen Vertrages aufgenommen werden, kennt das ALR. als Regel, und es bedarf daher keiner besonderen Vereinbarung, um beim Ausscheiden eines Gesell-

---

[9]) Im Gegensatz zum gemeinen Recht. Vgl. Windscheid-Kipp, § 408; Staudinger II, 2, S. 1419, 1.

[10]) Entwürfe I, S. 339, § 657, 1.

[11]) Dies ist jedenfalls aus dem Bestreben des Gesetzgebers heraus, der Wissenschaft nicht vorzugreifen, geschehen.

[12]) Dies will § 736 klarstellen im Gegensatz zur Fassung in E. I.

schafters den Fortbestand der Gesellschaft unter den übrigen zu ermöglichen[13]).

Die Fortführung bedingt einen neuen Gesellschaftsvertrag, der gleichzeitig als nachträgliche Begründung einer neuen Gesellschaft anzusehen ist. Durch den Beschluß der Fortsetzung kann die aufgelöste Gesellschaft nicht wiederhergestellt werden. Der Voraussetzung des § 736 würde auch nicht entsprochen werden, wenn nach erfolgtem Ausscheiden eine stillschweigende Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses von den übrigen Gesellschaftern eintreten würde. Das würde vielmehr ebenso die konkludent erfolgende Begründung einer neuen Gesellschaft sein[14]).

Als eine weitere Voraussetzung des Ausscheidens wird fast allgemein das Vorhandensein mehrerer Gesellschafter angenommen. Das Verbleiben von mindestens zwei Gesellschaftern wird dabei von den meisten Schriftstellern als zwingend angesehen[15]). Eine Umgehung wäre insofern möglich, daß bei Ausscheiden der sämtlichen übrigen Gesellschafter von diesen mit den Restlichen ein Abkommen getroffen wird, sofort ein neues Mitglied aufzunehmen.

## § 9. Die Fälle des Ausscheidens im engeren Sinne.

Die Ausscheidungsfälle im engeren Sinne, bei deren Eintreten bei den eben besprochenen Voraussetzungen die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen bleibt, sind im BGB. nach § 736 folgende: Kündigung, Tod oder Konkurs eines Gesellschafters. Diese Ereignisse, an die das Gesetz die Ausscheidungsmöglichkeiten bindet, stammen aus der Reihe der Auflösungsgründe her. Dort finden sich außer diesen Beendigungsgründen noch weitere: Die Kündigung eines Privatgläubigers (§ 725 BGB.), die Erreichung oder das Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks und der Ablauf der Zeit, für die die Gesellschaft eingegangen ist. Es ist nicht ersichtlich, warum der Wille des Gesetz-

---

[13]) Vgl. Motive II, S. 630; Oertmann, § 736, II. Vgl. Staudinger II, 2, S. 1419; I, 1 c.

[14]) Vgl. Rechtsprechung D. OLG., Hamburg, Bd. 5, S. 390, sowie auch RGR., Bd. 16, S. 45.

[15]) Vgl. Staudinger II, 2, § 736; I, 1 a; Knoke, S. 727; Thöl I, S. 341; Behrend I, S. 556; Staub, S. 463, s. a. Bd. 30, Nr. 103, RGR., Bd. 7, S. 39; Bd. 36, S. 258; Rau, S. 24.

gebers hier eine Scheidung vorgenommen hat und von § 725 abgesehen nur für Eintritt der ersteren Ereignisse das Fortbestehen der Gesellschaft vorgesehen hat. In den Protokollen[16]) ist dies, wenn auch nicht ausdrücklich zugegeben[17]).

Weiter kann man unter das Ausscheiden im eigentlichen Sinne noch rechnen die Kündigung des Ehemanns einer Gesellschafterin gemäß § 1358 BGB. Hier darf man annehmen, daß dasselbe zu gelten hat, wie wenn der Gesellschafter selbst gekündigt hat.

Der Vollständigkeit halber wäre noch das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft durch freie Vereinbarung zwischen ihm und den übrigen Gesellschaftern zu erwähnen. Da völlige Übereinstimmung herrscht, und da ja der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch die Vertragslösungsfreiheit in sich schließt, gilt, wird ihr nichts im Wege stehen[18]). Das Gegenteil wäre von zu schroffen Konsequenzen begleitet.

In der O.H.G. bedeutet das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht unbedingt die Auflösung der Gesellschaft. Schon nach dem Gesetz ist im Unterschied zum BGB. das Fortbestehen der Gesellschaft bei Ausschluß eines Mitglieds vorgesehen.

Um zunächst zu dem Fall der K ü n d i g u n g eines Gesellschafters zu kommen, so gelten für die Ausübung des Kündigungsrechtes die Vorschriften der §§ 723, 724 BGB.[19]). Das Gesetz unterscheidet hier verschiedene Fälle. Ist die Gesellschaft für unbestimmte Zeit abgeschlossen, so kann die Kündigung jederzeit erfolgen[20]). Das gleiche gilt nach § 724 BGB. bei einer für die Lebenszeit des Gesellschafters eingegangenen oder bei einer Gesellschaft, die nach Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit fortgesetzt wird[21]). Dies ist dispositives Recht, während im Gegensatz dazu die Kündigungsbestimmungen bei einer auf bestimmte

---

[16]) Heidlen, S. 819.

[17]) Im Gegensatz dazu s. Staudinger II, 2, S. 1419, I, 1 und OLG. Stuttgart, Rechtsprechung 1909, Nr. 2387.

[18]) Cosack, § 281.

[19]) Vgl. HGB., §§ 123—124. P.L.R. a. O., §§ 270—272, 191, 192, 290, 291 ff. Dazu s. u. a. Staudinger II, S. 1400 ff.; Windscheid-Kipp, Pandekt., § 408, Ziff. 1.

[20]) Dasselbe gilt für die Handelsgesellschaft. HGB., ä. F., Art. 123. Über die Art und Weise der Kündigung (ob Kündigungsfrist) ist meistens im Gesellschaftsvertrag Näheres enthalten. Dazu vgl. Staudinger II, Bem. II zu § 564 u. Vorbem. zu §§ 620 ff. Auch Warneyer, Erg.-Bd., 1908, Nr. 616.

[21]) Im Gegensatz dazu ist bei der O.H.G. Kündigung einer auf unbestimmte

Zeit eingegangenen Gesellschaft zwingendes Recht darstellen. Bei ihr haben die Gesellschafter keine uneingeschränkte Kündigungsbefugnis, eine derartige Gesellschaft wird vielmehr regelrecht erst mit Ablauf der festgesetzten Zeitdauer aufgelöst. Vorher ist ihre Kündigung nur vom Vorliegen eines wichtigen Grundes nach Maßgabe von § 724 BGB. zulässig.

Nach Auffassung des BGB. ist jedoch die unzeitgemäße Kündigung aus praktischen Gründen nicht ungültig, sondern an sich rechtswirksam. Der Kündigende muß aber den übrigen Gesellschaftern einen evtl. entstehenden Schaden ersetzen (§ 723 II)[22]).

Eine weitere Beschränkung des Kündigungsrechtes erklärt das Gesetz für nichtig[23]).

Eine Kündigung kann auch wieder beseitigt werden, jedoch nur bei Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter und wenn die Auflösung noch nicht endgültig bewirkt ist[24]).

Die berechtigte Kündigung löst als solche ihrem Rechtscharakter nach das Vertragsverhältnis auf. Es bedarf nicht erst einer besonderen Klage auf Anerkennung der Auflösung.

§ 727,1 BGB. lautet: „Die Gesellschaft wird durch den T o d eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein anderes ergibt“[25]).

Ist nun bestimmt, daß bei Eintritt des Todesfalls die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so haben wir den Fall des § 736 BGB. In diesem Fall sind die Pflichten und Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis ebenso vererblich wie alle anderen Pflichten und Rechte des Erblassers. Nur eine dem Erblasser besonders übertragene Befugnis zur Geschäftsführung wird als unvererblich gelten dürfen[26]). Es kommt hier so wesentlich auf die Persönlichkeit des Geschäftsführers an, daß sie wie der Auftrag mit dem Tode des Beauftragten mit dem Tode des Geschäftsführers erloschen ist. Ist aber dagegen z. B. verein-

---

oder auf Lebenszeit abgeschlossenen Gesellschaft nur zum Schluß des Geschäftsjahres mit mindestens sechsmonatlicher Kündigung möglich. Vgl. HGB., §§ 127 bis 134.

[22]) Vgl. §§ 249 ff., RGE., Bd. 78, S. 303.

[23]) Vgl. R.O.G.H., Bd. 13, Nr. 132; Staudinger II, S. 1403, IV a.

[24]) Vgl. Knoke, S. 111; Staudinger II, S. 1404, V ff.; Oertmann, Bem. 5.

[25]) Vgl. HGB., § 138.

[26]) So auch Oertmann, S. 462; Knoke, S. 125.

dervermögens identifiziert zu werden. Dieses sammelt alle Gründe zur Einheit und stellt mit dieser Zusammenfassung sozusagen die Grenze der begrifflichen Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens als Einheit, gegen die römische atomistische Theorie dar.

Das Gesetz kennt den Ausdruck Sondervermögen nicht. Er ist heute jedoch allgemein üblich[52]). Man pflegt darunter einen Vermögenskomplex zu verstehen, der einem besonderen Zweck gewidmet ist und dadurch ein Sonderschicksal erleidet. In der Gesellschaft kommt er durch die Aussonderung eines Teils des Vermögens der Gesellschafter zu dem im Vertrage bestimmten gemeinsamen Zweck zur Erscheinung und wirkt sich in der Sonderung des gesamthänderischen Vermögens, des Anteils des Gesellschafters von seinem Privatvermögen aus[53]).

Da jedoch in der Gesellschaft die Zweckbindung nur relativ ist, so ist der Begriff des Sondervermögens in der Gesellschaft gar nicht rein durchgeführt[54]). Beim gesellschaftlichen Sondervermögen kann deshalb von einer Einheit nur geredet werden aus den schon oben beim Vermögen angeführten Gründen. Insoweit als eben durch die vorliegenden Bestimmungen eine Schicksalsgemeinschaft der Stücke des Sondervermögens geschaffen wird, als durch die für alle Vermögensstücke gleichen, die gesamthänderischen Vorschriften, gemeinsame und vom übrigen Privatvermögen der Gesellschafter getrennte Vermögensteile des Gesellschaftsvermögens begründet werden. Soweit der germanischrechtliche Ansatz. — Diese Gründe sind gegenüber den schon oben beim Vermögen erwähnten, die gegen die Einheit sprechen, nicht stichhaltig. Unter strenger Zugrundelegung der durch das Gesetz gegebenen Grundsätze und Grenzen kann das Gesellschaftsvermögen nur als Sammelbegriff aufgefaßt werden.

## § 6. Der Anteil.

Bisher wurde festgestellt, daß jeder einzelne Gesellschafter ein Recht je am einzelnen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens hat. Welcher Art ist dieses Recht des Gesellschafters? Diese Frage pflegt unter dem Thema des Anteils behandelt zu werden.

---

[52]) Gierke, D. Privat.R., Bd. II, S. 57.

[53]) Cosack, 444; Deitigsmann, S. 9 ff.

[54]) Die Gesellschafter können durch gemeinsamen Beschluß Teile des Sondervermögens seinem ursprünglichen Zweck entziehen. RGE., 92, 298.

Das Problem des Anteils gehört zu den umstrittensten Kapiteln der Gesamthand. Das kommt zum Teil daher, weil die Frage des Anteils gar keine einheitliche ist, weil sie in verschiedene Fragen zerfällt. Zum Teil liegt es in der Ungenauigkeit und Vieldeutigkeit der Bezeichnung „Anteil" überhaupt.

So faßt ihn die eine Anschauung überhaupt nur als Funktion auf, z. B. Gierke, der ihn lediglich als Bezeichnung für eine Art der Mitberechtigung gelten lassen will, während ihn andere direkt mit dem Recht identifizieren, das dem einzelnen gegenüber den übrigen Gesellschaftern zusteht[55]). „Anteil" kann einmal possesorische Bedeutung haben, das anderemal nur ein Teilungsverhältnis, eine „Quote" bezeichnen wollen.

Gierke[56]) faßt den Anteil folgendermaßen: Innerhalb der Gemeinschaft zur gesamten Hand gibt es keine rechtlich selbständigen Sachanteile an einzelnen Gegenständen. Der Anspruch des einzelnen Gesellschafters geht nur auf Mitbeteiligung an der Verwaltung oder Vertretung des Vermögensganzen. Es bestehen zwar Anteile der Gesamthänder am Vermögen, an dessen einzelnen Gegenständen, aber der Anteil an diesen ist nicht Gegenstand der Verfügung, verfügbar ist nur die Gesamtheit der Anteile. Auf die Ansicht Gierkes braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da sie auf Grundlagen aufbaut, die im Vorhergehenden abgelehnt wurden.

Vertreter des direkten Anspruchs, des Anspruchs auf den Teil sind die Anhänger der Theorie der geteilten Berechtigung, der „Quotentheorie"[57]).

Diese bezieht die dinglichen Rechte auf den einzelnen Gegenstand, an dem sie jeden einzelnen anteilig berechtigt. Diese Berechtigung umfaßt Eigentum und die Befugnis des einzelnen an Verwaltung und Vertretung teilzunehmen. Diese Handlungsberechtigung bestimmt sich nach Maßgabe einer besonderen, durch Gesetz oder Vereinbarung zu treffenden Regelung. Die hierdurch begründeten, nicht schon in der Handlungsgemeinschaft als solchen gegebenen Ansprüche sind, da sie sich nur gegen die Mitberechtigten richten, persönlicher Natur[58]). Diese Berechtigung

---

[55]) Gierke, D. Privat.R. I, S. 664, Genoss.-Theorie, S. 362.

[56]) ebenda.

[57]) Joerges-Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht; Binder-Affolter, Engländer, Regelmäßige Rechtswissenschaft.

[58]) s. Engländer, S. 108 ff.

ist je als ein Teilrecht an dem einzelnen dinglichen Recht zu denken, und zwar in der Art, daß der gesamte gemeinsame Rechtsinhalt des betreffenden Rechtes in Rechtsanteile, in denen und durch die er ausgeübt wird, geteilt wird. Diese sind, wie sich aus der grundsätzlich inhaltlichen Gleichstellung der Rechtsstellungen der Gemeinder ergibt, untereinander gleich. So bekommen wir mehrere Einzelzuständigkeiten, nicht die Zuständigkeit eines Rechtsinhalts an mehrere.

Diese Gesamthandstheorie und ihre rein romanistische Anteilsbegründung steht im Gegensatz zu der heute herrschenden und auch im Gesetz begründeten Auffassung, sie muß daher abgelehnt werden[59]). Ihre Anhänger begehen den Fehler, den Anteil zu spalten; sie geben dem Gesellschafter wohl die Verwaltungsbefugnis, aber nicht die Verfügungsbefugnis an diesen Teilen.

Ein weiterer Vertreter des wirklichen Anteils ist Sohm[60]). Auf seine Ansicht soll näher eingegangen werden. Er sagt: Der Anspruch jedes Gesellschafters entspringt dem Mitgliedschaftsrecht. Der Anteil am Gesamtgut besteht nicht neben oder außer der Mitgliedschaft, er ist das Mitgliedschaftsrecht. Er wird durch dieses begründet, ist ein rein persönliches Recht. Der Gesellschaftsvertrag erzeugt die Rechtsänderung als personenrechtlicher Vertrag. Die güterrechtliche Wirkung tritt rechtssatzmäßig ein. Das Vermögen stellt als solches gar keine Einheit dar. Die Gesellschafter sind nicht nur an dem Vermögen, sondern anteilig berechtigt. Kraft Gesetzes wirkt der Anspruch auch in Hinsicht auf das Vermögen. Das Gesamthandsverhältnis gilt also auch für dieses. Und zwar, weil letzteres nicht Gegenstand einer Verfügung sein kann und der Anspruch der Gesellschaft deshalb direkt auf die Gegenstände geht, an ihnen besteht. Die Gesamtberechtigung bedeutet Gemeinschaft eines Inbegriffs von Gegenständen. Dies ist wirklicher Anteil. Die Mehrheit der Berechtigten schließt die Teilung der Rechtszuständigkeit notwendig in sich. Diese Teilberechtigung an den einzelnen Gegenständen ist eine gemeinsame Berechtigung nach ideellen Teilen, die rechnerisch bestimmbar, aber nicht Bruchteile nach BGB., kein Vermögensrecht sind. Da der Anteil personenrechtlich ist, kann über ihn nicht verfügt werden,

---

[59]) s. Christen, S. 46, RGE., 48, 412; RGR., Komm., § 719, 1; J. W., 1904, 61, 17.

[60]) s. Sohm, S. 60 ff.

das ist nur über den ganzen Gegenstand möglich. Der Anteil als solcher ist nicht schlechthin dinglich-rechtlich, kann nicht Gegenstand einer Verfügung, nicht Objekt eines dinglichen Rechtes sein[61]). Sohm vertritt die oben auf Grund des Standpunktes des Gestezes als einzig möglich erklärte Mittelmeinung[62]), die zwar germanisch-rechtliche Begründung der Gesamthand und des Anteils des Gesellschafters, in Einklang gebracht mit dem römisch-rechtlichen Charakter der Zuständigkeit des dinglichen Rechts. Er vertritt mit Gierke den auf Grund spezieller Gesetzgebung. gesetzlicher Anerkennung des gesamthänderischen Prinzips, gerechtfertigten Standpunkt des personenrechtlichen Anteils. Er vertieft diesen noch, indem er ihn an die Mitgliedschaft bindet. An den Stellen aber, an denen Gierke in Konsequenz seiner germanistischen Anschauung über das geltende Recht, den augenblicklichen Standpunkt des Gesetzes, hinausgeht, verharrt er bei diesem. Er vertritt also den atomistischen Vermögensbegriff, das Recht jeden einzelnen Gesellschafters auf jedes Stück des Gesellschaftsvermögens. In der Erklärung des Anteils aber geht er fehl. Er erklärt diesen als identisch mit der Mitgliedschaft.

Dazu ist zu sagen, daß sich die Mitgliedschaft nicht mit der Forderung des Anteils erschöpft. Aus ihr resultiert die gesamte gesellschaftsrechtliche Stellung des Gesellschafters, seine gesamten Rechte und Pflichten[63]). Die Konsequenz (die Sohm aber nicht gezogen hat) bei Annahme von Anteil als wirklichem Anteil und Identischerklärung von Mitgliedschaft und Anteil würde dazu führen, den Anteil als Teilungsverhältnis am Gegenstand (Quote) anzuerkennen. Und zwar durchaus im Sinne des Wortes „Teil", was auf die Theorie der geteilten Berechtigung hinausliefe, die schon oben abgelehnt wurde.

Wie schon oben erwähnt wurde, zerfällt die Frage des Anteils eigentlich in mehrere. Der Anteil stellt gar kein einheitliches Recht dar. Er zerfällt in zwei verschiedene Teile: die subjektive Berechtigung des Gesellschafters auf Geltendmachung — und die Form der Geltendmachung, die sich je nach Art der zugrunde liegenden Materie richtet und ebenfalls wieder als Recht erscheint[64]).

---

[61]) Nur etwas Verfügbares, ein Gegenstand, kann Objekt eines dinglichen Rechtes sein, s. Sohm, S. 1 ff.

[62]) s. oben S. 34. Ihm haben sich angeschlossen Staudinger in § 789, II, 1 u. 1 a; Chriesten, S. 56 ff.

[63]) Vgl. Feine, S. 262/63.

[64]) Diesen zwei Seiten entspricht auch die Art des Zustandekommens der

Gierke drückt dies folgendermaßen aus[65]): Das Gemeinschaftsverhältnis wird von dem personenrechtlichen Band bestimmt. Von der anderen Seite her wirkt aber zugleich die Beschaffenheit des Gegenstandes der Gemeinschaft auf deren Gestaltung maßgebend ein.

Da der Anteil sich auf das Vermögen und die Gegenstände bezieht, besteht also auch, da ein Recht am Vermögen als solchem wie nachgewiesen nicht in Frage kommt, ein Recht an allen Bestandteilen des Vermögens. Es besteht also in Wirklichkeit nicht ein Anteil des Gesellschafters, sondern es gibt so viele, als das Vermögen Stücke enthält[66]).

Doch nun zu den schon oben erwähnten zwei Seiten des Anteils. Die subjektive Berechtigung des Gesellschafters datiert rein nach außen vom Abschluß des Gesellschaftsvertrages an. Sie findet ihre Stütze im Gesellschaftsrecht. Der Vertrag enthält aber auch noch interne Wirkungen, begründet und grenzt gegenseitige Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander ab. Diese innere Bindung enthält im Gegensatz zu den eigentlich nur obligatorischen Vertragswirkungen gewisse die Gesellschafter in ihrer Person verpflichtende Wirkungen, die z. B. zum Ausdruck kommen in der Beschränkung der Gesellschaft auf einen gewissen Personenkreis.

Man bezeichnet deshalb den Gesellschaftsabschluß der Gesellschafter auch als einen personenrechtlichen Vertrag, bezeichnet die Rechte und Pflichten der Gesellschafter als an einen fest umgrenzten Personenkreis gebunden, als abhängig von der Mitgliedschaft. Die Errichtung der Gesellschaft geschieht nicht durch konstituierenden Gesamtakt, sie muß als Gesellschaftsvertrag aufgefaßt werden. Dieser Gesellschaftsvertrag enthält, weil er eine personenrechtliche Verbundenheit setzt, etwas von einer Vereinigungstat[67]). Es ist ein Vorgang mit personenrechtlicher Vereinigungskraft. Die Gesellschaft ist so eine Gemeinschaft, zu der mehrere Personen durch ein die Persönlichkeit als solche ergreifendes Rechtsverhältnis verbunden sind. — Die Berechtigung der Gesellschafter

---

Verfügung über einen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens, diese setzt sich auch zusammen: 1. aus Übereinkommen der Gesellschafter (nach innen) und 2. der gesamthänderischen Verfügung (nach außen).

[65]) Privat.R. I, S. 675/76.

[66]) Vgl. Staudinger, Aufl. 9, Vorbem. IV, 1, wo dies im Gegensatz zu Aufl. 8 klar zum Ausdruck kommt.

[67]) Gierke, Vereine, S. 15.

läßt sich also auf den bei Entstehung der Gesamthand zwischen den Gesellschaftern begründeten Gesellschaftsvertrag mit personenrechtlicher Wirksamkeit zurückführen. Diese Wirksamkeit erstreckt sich auch auf das Gesellschaftsvermögen. Die Berechtigung am Vermögen entspringt dem personenrechtlichen Verhältnis der Mitgliedschaft in der mit Gütergemeinschaft ausgestatteten Personengemeinschaft.

Die subjektive Berechtigung des einzelnen Gesamthänders ist also personenrechtlicher Natur, begründet durch den personenrechtlichen Grund der Mitgliedschaft[68]).

Dieser Berechtigung einerseits entspricht andererseits die Form der Geltendmachung, die sich je nach der Art der zugrunde liegenden Materie richtet und ebenfalls wieder als Recht erscheint. Dieses Recht also ist bestimmt durch die Art der zugrunde liegenden Materie mit Rücksicht auf die gesamthänderischen Vorschriften, kann also z. B. dinglicher oder obligatorischer Natur sein. In Anbetracht der dinglichen Rechte des Vermögens läßt sich also sagen, daß der zweite Teil des Anteils dinglich-rechtlicher Natur ist. Dem Gesellschafter steht also auf Grund seiner Berechtigung z. B. auf eine bestimmte Sache des Vermögens ein dingliches Recht an dieser zu[69]). Bezeichnen wir dieses zweite Recht, diese zweite Seite des Anteils in Anbetracht ihrer Abhängigkeit von dem zugrunde liegenden Vermögensstück als vermögensrechtlich, so läßt sich der Anteil folgendermaßen definieren:

Was dem Gesellschafter als „Anteil am Vermögen" zusteht, ist nicht ein, sondern eine Vielheit von Anteilsrechten. Jedes dieser Anteilsrechte ist juristisch gesprochen ein Recht auf ein Recht. Das erste, das Ursprungsrecht, ist personenrechtlicher Natur, das andere entspricht dem Vermögensstück, auf das es gerichtet ist; ist vermögensrechtlich.

Gemäß dem Gesamthandsprinzip steht jedem Gesellschafter ein Anteilsrecht, ein solches Recht auf ein Recht zu. Wo liegt nun die gesamthänderische Beschränkung? Ist das Personenrecht oder das Vermögensrecht beschränkt oder beide?

Den gesamthänderischen Vorschriften gemäß lassen sich zweierlei

---

[68]) s. Sohm, S. 60 ff.; Staudinger, 9. Aufl., Vorbem. IV, 1 von § 705.

[69]) Vgl. Staudinger, Aufl. 9, § 736, I, 2, § 719, III; vgl. Feine, S. 263.

Beschränkungen unterscheiden. Die eine ist die spezielle dingliche Bindung der Vermögensstücke durch § 719, die andere die allgemeine, sich aus den Gesamthandsvorschriften ergebende Beschränkung[70]).

Die dingliche Bindung des § 719 ist eine speziell im Gesetz ausgesprochene Bindung. Sie muß also das vorliegende Recht im Sinne des § 719 auch absolut ergreifen, eine eigenmächtige Verfügung z. B. über einen Gegenstand unmöglich machen. So kann also nicht wirksam auf einen Dritten übertragen werden. Nach RGE. 92,398 ist aber eine solche Verfügung wirksam (ohne daß das RG. den Grund aufdeckt, weil es lediglich formal bei Entscheidung der Frage auf die im Gesetz gemachte Unterscheidung zwischen absoluter Nichtigkeit und relativer Unwirksamkeit hinweist).

Die Erklärung bietet eben obige Definition des Anteils. Es wird nämlich durch § 719 nur das personenrechtliche Recht des Gesellschafters gebunden, nicht dagegen das vermögensrechtliche Recht, also hier das Sachenrecht. Die Verfügung war also nur betreffs des Personenrechts, nur sozusagen nach innen, den anderen Gesellschaftern gegenüber im Sinne des § 135 unwirksam, da sie ohne die personenrechtliche subjektive Berechtigung betreffs des Innenverhältnisses erfolgt ist.

Die allgemeine sich aus dem gesamthänderischen Recht an sich ergebende Verfügungsbeschränkung kann als Vertragsabmachung nur das dieser Regelung Erreichbare ergreifen. Sie erfaßt vom Anteil also ebenfalls nur das personenrechtliche Recht des Gesellschafters, kann nicht den Charakter des im Gesetz festgelegten dinglichen Rechts ändern. Dies geht am klarsten ebenfalls aus der eben erwähnten Wirksamkeit von eigenmächtigen Verfügungen eines Gesellschafters hervor[71]). Denn der erwerbende Dritte erwirbt volles Eigentum, nicht etwa ein irgendwie beschränktes Sachenrecht.

Noch deutlicher wird dies, wenn man annimmt, es sei vertraglich nicht Gesamtübereinstimmung, sondern Mehrheitsstimmrecht bedungen. Dies muß grundbuchmäßig eingetragen werden[72]), da es eine absolute Schmälerung des Rechts (Sachenrechts) der einzelnen Gesellschafter zur Folge hat. Da eine eigenmächtige Verfügung eines Gesellschafters über einen Gegenstand nach RG. auch jetzt nach Einführung des Mehrheits-

---

[70]) s. Kaufmann, S. 11.
[71]) RGE., Bd. 92, S. 398.
[72]) § 148, GBO.

stimmrechts wirksam ist, so hat die Einführung des Mehrheitstimmrechts praktisch an dem Recht des Gesellschafters nach außen, der sachenrechtlichen Seite des Anteils gar nichts geändert.

Beim Anteil ist also das Personenrecht als gesamthänderisch beschränkt zu denken, während das Vermögensrecht dem Gesellschafter grundsätzlich unbeschränkt zusteht.

An dieser Stelle muß noch auf die neue Anteilstheorie Staudingers[73]) eingegangen werden. Diese basiert auf ungenauem Vermögensbegriff[74]), denn sonst könnte er nicht zu einem Anteil am Vermögen und Anteil an den Gegenständen kommen. Das ist begrifflich nicht möglich[75]).

Aus dieser Unterscheidung und zu ihrer Begründung kommt er auch zu der Erklärung der Entscheidung des RG. Bd. 92, S. 396[76]). Er sagt, daß wohl eine Verfügung über den Anteil am Vermögen, nicht aber über den Anteil an einem Gegenstand möglich sei. Diese Erklärung widerspricht dem klaren Text der Entscheidung. Wohl heißt es in der Überschrift zu der Entscheidung: Verfügung über einen Anteil am Gesellschaftsvermögen, aber die nachher getroffene Entscheidung behandelt in Wirklichkeit den Anteil an einem solchen Gegenstand und fällt für diesen obiges Urteil. Damit dürfte diese Erklärung Staudingers hinfällig sein.

Das vermögensrechtliche dingliche Recht, das dem Gesellschafter am Vermögen zusteht, läßt sich dahin beschreiben, daß jedem Gesellschafter ein durch die gesamthänderische Mitberechtigung der übrigen beschränktes dingliches Recht an den Gegenständen zusteht. Diese Beschränkung läßt sich rechnerisch nicht ausdrücken, da es ja keine Quoten gibt. Staudinger drückt dies folgendermaßen aus[77]): Jeder der mehreren Berechtigten ist durch die Konkurrenz der anderen Berechtigten beschränkt. Es besteht also zweifellos keine Alleinzuständigkeit an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen. Damit ist aber nicht gesagt, daß nun mit zwingender Notwendigkeit eine Teilung nach ideellen Quoten hinsichtlich der Zuständigkeit Platz greifen muß. Es gibt begrifflich nicht nur eine Alleinzuständigkeit und eine Sonderzuständigkeit zu ideellen Quoten. Es ist auch eine Mitberechtigung mehrerer Rechtssubjekte in der Weise möglich, daß die mehreren Rechts-

---

[73]) 9. Aufl., Vorbem. IV, 1 u. 2; Vorbem. IV, 2 u. 1, 718, 5.
[74]) s. oben S. 45/46; s. Staudinger, 718, I, Aufl. 9.
[75]) s. oben S. 41/42.
[76]) s. Staudinger, Aufl. 9, Vorbem. IV, 1 u. 2 vor § 705.
[77]) 9. Aufl., Vorbem. IV, 1 vor § 705; vgl. dazu die Definition unten S. 75.

subjekte zusammen die Rechtsträger sind, jeder ist in seiner Berechtigung durch die Konkurrenz der anderen beschränkt, aber ohne daß eine Teilung nach rechnerisch bestimmten Quoten während der Dauer der Gemeinschaft eintritt.

Vom Standpunkt des Sachenrechts aus bildet dieses so konstruktiv entstandene und zum Bestandteil der herrschenden Lehre gewordene gesamthänderische Miteigentum[78]) keine selbständige von sich aus bestehende Form. Miteigentum zur Gesamthand kann rechtsgeschäftlich nur mittelbar, nämlich durch Vereinbarung eines entsprechenden gesamthänderischen Rechtsverhältnisses, entstehen.

## § 7. Eingebrachte Gegenstände.

Neben dem dinglichen Recht, das durch den Anteil dem Gesellschafter an den einzelnen Stücken des Gesellschaftsvermögens zusteht, muß noch eine zweite Gruppe des § 738 erwähnt werden: die Rechte des Gesellschafters an den überlassenen Gegenständen. Wie weit können sie als dinglich rechtliche bezeichnet werden?

Man pflegt hier Einlagen quoad usum von den Einlagen quoad sortem, die ins Vermögen gefallen sind, zu unterscheiden. Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen (§§ 91, 92 BGB.) beizutragen, so gilt die Vermutung, daß sie zu Eigentum zu übertragen sind. Das gleiche gilt von Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnbeteiligung bestimmt ist. Das Eigentum an einer beweglichen Sache geht nicht über, wenn auch nur ein Gesellschafter nicht in gutem Glauben ist. Dagegen geht durch gutgläubigen Erwerb früheres Eigentum und frühere dingliche Rechte an den eingebrachten Gegenständen unter.

Der Gesellschafter kann diese der Gesellschaft zu Eigentum überlassenen Gegenstände nicht zurückfordern.

Die quoad usum überlassenen Gegenstände nehmen insofern eine Ausnahme ein, als sie mit dem Austritt eines Gesellschafters (§ 738 BGB.) zurückzugeben sind und als der Gesellschafter für ihren Untergang und ihre zufällige Verschlechterung keinen Anspruch auf Ersatz hat. Sie sind als der Gesellschaft zum Besitz überlassen zu denken, dem Gesellschafter geht an ihnen das Eigentum nicht verloren, sie werden also bei

---

[78]) s. Staudinger, § 1008, III; Wolff, S. 28/29, § 88, II.

der Einbringung nicht gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter[79]). Vielmehr ist nur das Recht der Benützung Bestandteil des Gesellschaftsverhältnisses geworden.

Es handelt sich hier um eine Gebrauchsüberlassung oder Nutzung. Diese kann einmal in Form des rein obligatorischen Vertrages gekleidet werden[81]). Bei der Gewährung des Gebrauchs von Sachen oder Gegenständen fehlen die den §§ 445—493 BGB. entsprechenden Vorschriften. Man wird jedoch meistens dafür die Regeln der Miete und Pacht in Anwendung bringen können (in diesem Falle greift Mängelhaftung Platz).

Die Gesellschaft ist dem Gesellschafter beim Austritt zur Rückgabe der Sachen verpflichtet. Der Ausscheidende besitzt den Anspruch auf Rückgabe ohne Rücksicht darauf, ob er Eigentümer der von ihm zur Benutzung eingeworfenen Gegenstände ist oder nicht.

Aus der Gesamtheit dieser Umstände läßt sich für den Fall des quoad usum Eingebrachten der Schluß ziehen, daß der Gesellschafter dinglich berechtigt ist und bleibt. Es handelt sich lediglich um den Fall der Gebrauchsüberlassung für die Dauer der Mitgliedschaft des betreffenden Gesellschafters. Die übrigen Gesellschafter besitzen keinerlei dingliche Rechte an diesen eingebrachten Gegenständen.

Der Tatbestand und die Abgrenzung der beiden verschieden zu behandelnden Klassen wird freilich dann zweifelhaft, wenn der Gesellschafter nicht die ganze Sache überlassen hat, sondern nur ein dingliches Recht hieran bestellt wurde, z. B. Nießbrauch, Dienstbarkeit, Erbbaurecht. Hier muß man sich die schon bei der Frage der Übereignung erwähnten Grundsätze vor Augen halten. Handelt es sich also um nicht übertragbare Gerechtsame, wie Nießbrauch und mietsartige Benutzungsrechte, so sind die Sachen offenbar nur quoad usum gemeinsam; anders wird es bei der Gesellschaft bestellten Grundgerechtigkeiten und Erbbaurechten sein, hier hat die Gesellschaft übertragbare Rechte erworben, die nicht ohne weiteres dem Besteller wieder zurückzugewähren sind[82]). Auf die bei dieser Scheidung unter die Regel des quoad usum-Gutes gefallenen Gegenstände können wir den schon eben angeführten dinglichen

---

[79]) s. Rau, S. 36.

[80]) RGR., Komm., § 706, Anm. 3.

[81]) Vgl. Neudegger, S. 79.

[82]) s. Oertmann, § 732. — Oertmann will den Fall übereinstimmend nach Art der Übereignung behandelt wissen, ebenso Staudinger, §§ 732 u. 733.

Tatbestand geltend machen; die andere Gruppe wird als quoad sortem-Gut behandelt, d. h. sie fällt unter das Vermögen und den beim Anteil behandelten dinglichen Tatbestand.

---

## B. Ausscheiden eines Gesellschafters.

### § 8. Voraussetzungen.

Wie an der Gesellschaftsgeschichte im Vorhergehenden gezeigt wurde, hat erst die Aufnahme des Gesamthandsverhältnisses das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellchaft überhaupt möglich gemacht. Im BGB. ist der Grundsatz der Gesamthand vom Gesetzgeber allerdings nicht zum Rechtsprinzip ausgestaltet worden. Er ergibt sich lediglich aus Einzelbestimmungen der §§ 714, 718, 719, 725, 738 BGB.[1]).

Dieses so ermöglichte Ausscheiden ist das Herauslösen eines Gesellschafters aus dem die Gesellschaft umschlingenden und in gleicher Weise fortdauernden personenrechtlichen Bande von vermögensrechtlicher Wirksamkeit. Das BGB. ist mit seiner Definition voll in Übereinstimmung mit dem Genossenschaftsgesetz (§ 65), das ebenfalls unter Ausscheiden den Wegfall eines Gesellschafters aus der im übrigen fortbestehenden Gesellschaft versteht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Gesellschafter die Mitgliedschaft mit seinem Willen, zufolge eines in seiner Person eintretenden Ereignisses (§ 736 BGB.) oder kraft eines Willensaktes der übrigen Gesellschafter (§ 737 BGB.) verliert. Für letzteren Fall des Ausscheidens gebraucht das Gesetz die besondere Bezeichnung „Ausschließung". Die Arten des Ausscheidens können auch in zwei Gruppen geteilt werden. Ausscheiden im engeren Sinne (freiwilliges Ausscheiden, in seiner Person eintretendes Ereignis) und Ausscheiden im weiteren Sinne (Ausschluß).

Eine umfassende Bedeutung hat die Bezeichnung Ausscheiden in den §§ 24, 139 BGB. Dort umschließt sie alle Fälle, in denen ein Gesellschafter aufhört, Mitglied einer Gesellschaft zu sein, gleichviel, ob die Gesellschaft dadurch aufhört oder trotzdem fortbesteht[2]).

Grundsätzlich wird die Gesellschaft des BGB. durch das Ausscheiden eines Mitgliedes aufgelöst. Rein begrifflich wird also Ausscheiden erst

---

[1]) Adler, der darin die Grundsätze einer modifizierten römischen Sozietät zu erkennen meint, steht mit seiner Ansicht ganz allein da.

[2]) Vgl. Staub, Anm. zu §§ 24, 139, HGB.

ermöglicht durch die Bestimmung, daß bei Ausscheiden Fortsetzung der Gesellschaft überhaupt möglich ist. Diese Handhabe bietet § 737 BGB.[3]). Voraussetzung ist, daß die Möglichkeit des Ausscheidens vorher im Gesellschaftsvertrag erwähnt ist. Fehlt eine solche Vertragsabmachung, so kann bei Eintritt eines der Ausscheidungsgründe die Gesellschaft als solche nicht weiter bestehen, sondern ist kraft Gesetzes aufgelöst.

An eine bestimmte Form ist dieser Vertrag nicht gebunden. Wie bei allen Verträgen unter Gesellschaftern genügt auch hier eine mündliche Abmachung[4]). Die einzige Bedingung ist nur, daß diese Abrede vor der Auflösung vollzogen worden ist[5]).

Ob dies in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage oder in einem Nachtrag dazu geschieht, ist für die rechtliche Bedeutung unerheblich[6]). Ein Majoritätsbeschluß über das Fortbestehen ist nicht für genügend zu erachten, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß Abänderungen oder Ergänzungen desselben durch eine Mehrheit beschlossen werden dürfen. Denn hier steht eine Vereinbarung in Frage, wie sie die Grundlage des ganzen Gesellschaftsverhältnisses betrifft[7]). Zu einer solchen, wie zu einer nachteiligen Abmachung der Gesellschafter ist ebenso wie zum ursprünglichen Gesellschaftsvertrag grundsätzlich Übereinstimmung notwendig[8]). Durch die Vereinbarung des Fortbestehens der Gesellschaft würde der Anspruch auf Eintritt der Liquidation, den nach § 723 ff., 730 ff. BGB. jeder Gesellschafter für den Fall der Auflösung hat, zu einem bloßen Abfindungsanspruch herabgemindert. Deshalb kann bei der so eintretenden Rechtsminderung ein Gesellschafter nicht ohne seine Einwilligung einem Mehrheitsbeschluß unterworfen werden. Stimmt der Ausscheidende der Vereinbarung zu, so verzichtet er damit auf den ihm an sich zustehenden Liquidationsanspruch und begnügt sich mit dem Abfindungsanspruch. Der Beschluß ist also gültig.

Eine weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit des Ausscheidens eines Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft gibt uns § 736 BGB. Dieses Fortbestehen unter den übrigen Gesellschaftern liegt zwar

---

[3]) Vgl. HGB., §§ 139, 140, 141.
[4]) s. Denkschrift, S. 85.
[5]) s. Gösch, S. 16.
[6]) s. Planck, S. 480.
[7]) Dernburg II, 2, S. 536.
[8]) Vgl. RGE., Bd. 16, S. 45.

nicht im Wesen der Gesellschaft, entspricht aber, wie die Motive II, S. 36 deutlich besagen, einem unverkennbaren praktischen Bedürfnis. Außerdem stimmt dieser gesetzgeberische Gedanke auch mit Artikel 127 HGB. ä. F. und 138 n. F. überein[9]). § 736 lautet: „Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, oder der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbesteht, so scheidet bei dem Eintritt eines solchen Ereignisses der Gesellschafter, in dessen Person es eintritt, aus der Gesellschaft aus." Die ursprüngliche Fassung[10]), in der die Natur des Ausscheidens darin zum Ausdruck kommt, „daß der Gesellschafter aus der im übrigen fortbestehenden Gesellschaft ausscheiden solle", wie in der Kommission für die zweite Lesung beantragt wurde, ist von der Redaktionskommission nicht angenommen worden[11]). Das Gesetz begnügt sich mit einer Bestimmung über die Voraussetzungen und den Zeitpunkt des Austritts. Im Falle einer derartigen Abmachung wird trotz des Ausscheidens eines Gesellschafters die alte Gesellschaft als fortbestehend angesehen, also nicht eine Neubegründung der Gesellschaft subsumiert[12]). Der Unterschied von einer juristischen Person bleibt aber auch in diesem Falle erhalten, vor allem da auch die übrig bleibende Gesellschaft nur Gesamthand, nicht Rechtspersönlichkeit ist, dieses Fortbestehen bei der Gesellschaft auf Grund obligatorischer Verpflichtungen eintritt.

Wenn nun kein solcher Vertrag bestanden hat und wenn nach einer durch Kündigung, Tod oder Konkurs eingetretenen Auflösung die übrigen ehemaligen Gesellschafter die Gesellschaft fortführen wollen, so kann von der Möglichkeit der Fortführung keine Rede sein, denn die Gesellschaft ist durch das betreffende Ereignis aufgelöst worden.

Anders als das AD.HGB. Art. 128 bzw. § 45 n. F. wich auch das ältere preußische Handelsrecht hierin vom BGB. ab. Vorliegende Bestimmungen, die in die Gesellschaft des BGB. nur kraft besonderen Vertrages aufgenommen werden, kennt das ALR. als Regel, und es bedarf daher keiner besonderen Vereinbarung, um beim Ausscheiden eines Gesell-

---

[9]) Im Gegensatz zum gemeinen Recht. Vgl. Windscheid-Kipp, § 408; Staudinger II, 2, S. 1419, 1.

[10]) Entwürfe I, S. 339, § 657, 1.

[11]) Dies ist jedenfalls aus dem Bestreben des Gesetzgebers heraus, der Wissenschaft nicht vorzugreifen, geschehen.

[12]) Dies will § 736 klarstellen im Gegensatz zur Fassung in E. I.

schafters den Fortbestand der Gesellschaft unter den übrigen zu ermöglichen[13]).

Die Fortführung bedingt einen neuen Gesellschaftsvertrag, der gleichzeitig als nachträgliche Begründung einer neuen Gesellschaft anzusehen ist. Durch den Beschluß der Fortsetzung kann die aufgelöste Gesellschaft nicht wiederhergestellt werden. Der Voraussetzung des § 736 würde auch nicht entsprochen werden, wenn nach erfolgtem Ausscheiden eine stillschweigende Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses von den übrigen Gesellschaftern eintreten würde. Das würde vielmehr ebenso die konkludent erfolgende Begründung einer neuen Gesellschaft sein[14]).

Als eine weitere Voraussetzung des Ausscheidens wird fast allgemein das Vorhandensein mehrerer Gesellschafter angenommen. Das Verbleiben von mindestens zwei Gesellschaftern wird dabei von den meisten Schriftstellern als zwingend angesehen[15]). Eine Umgehung wäre insofern möglich, daß bei Ausscheiden der sämtlichen übrigen Gesellschafter von diesen mit den Restlichen ein Abkommen getroffen wird, sofort ein neues Mitglied aufzunehmen.

## § 9. Die Fälle des Ausscheidens im engeren Sinne.

Die Ausscheidungsfälle im engeren Sinne, bei deren Eintreten bei den eben besprochenen Voraussetzungen die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen bleibt, sind im BGB. nach § 736 folgende: Kündigung, Tod oder Konkurs eines Gesellschafters. Diese Ereignisse, an die das Gesetz die Ausscheidungsmöglichkeiten bindet, stammen aus der Reihe der Auflösungsgründe her. Dort finden sich außer diesen Beendigungsgründen noch weitere: Die Kündigung eines Privatgläubigers (§ 725 BGB.), die Erreichung oder das Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks und der Ablauf der Zeit, für die die Gesellschaft eingegangen ist. Es ist nicht ersichtlich, warum der Wille des Gesetz-

---

[13]) Vgl. Motive II, S. 630; Oertmann, § 736, II. Vgl. Staudinger II, 2, S. 1419; I, 1 c.

[14]) Vgl. Rechtsprechung D. OLG., Hamburg, Bd. 5, S. 390, sowie auch RGR., Bd. 16, S. 45.

[15]) Vgl. Staudinger II, 2, § 736; I, 1 a; Knoke, S. 727; Thöl I, S. 341; Behrend I, S. 556; Staub, S. 463, s. a. Bd. 30, Nr. 103, RGR., Bd. 7, S. 39; Bd. 36, S. 258; Rau, S. 24.

gebers hier eine Scheidung vorgenommen hat und von § 725 abgesehen nur für Eintritt der ersteren Ereignisse das Fortbestehen der Gesellschaft vorgesehen hat. In den Protokollen[16]) ist dies, wenn auch nicht ausdrücklich zugegeben[17]).

Weiter kann man unter das Ausscheiden im eigentlichen Sinne noch rechnen die Kündigung des Ehemanns einer Gesellschafterin gemäß § 1358 BGB. Hier darf man annehmen, daß dasselbe zu gelten hat, wie wenn der Gesellschafter selbst gekündigt hat.

Der Vollständigkeit halber wäre noch das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft durch freie Vereinbarung zwischen ihm und den übrigen Gesellschaftern zu erwähnen. Da völlige Übereinstimmung herrscht, und da ja der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch die Vertragslösungsfreiheit in sich schließt, gilt, wird ihr nichts im Wege stehen[18]). Das Gegenteil wäre von zu schroffen Konsequenzen begleitet.

In der O.H.G. bedeutet das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht unbedingt die Auflösung der Gesellschaft. Schon nach dem Gesetz ist im Unterschied zum BGB. das Fortbestehen der Gesellschaft bei Ausschluß eines Mitglieds vorgesehen.

Um zunächst zu dem Fall der K ü n d i g u n g eines Gesellschafters zu kommen, so gelten für die Ausübung des Kündigungsrechtes die Vorschriften der §§ 723, 724 BGB.[19]). Das Gesetz unterscheidet hier verschiedene Fälle. Ist die Gesellschaft für unbestimmte Zeit abgeschlossen, so kann die Kündigung jederzeit erfolgen[20]). Das gleiche gilt nach § 724 BGB. bei einer für die Lebenszeit des Gesellschafters eingegangenen oder bei einer Gesellschaft, die nach Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit fortgesetzt wird[21]). Dies ist dispositives Recht, während im Gegensatz dazu die Kündigungsbestimmungen bei einer auf bestimmte

---

[16]) Heidlen, S. 819.

[17]) Im Gegensatz dazu s. Staudinger II, 2, S. 1419, I, 1 und OLG. Stuttgart, Rechtsprechung 1909, Nr. 2387.

[18]) Cosack, § 281.

[19]) Vgl. HGB., §§ 123—124. P.L.R. a. O., §§ 270—272, 191, 192, 290, 291 ff. Dazu s. u. a. Staudinger II, S. 1400 ff.; Windscheid-Kipp, Pandekt., § 408, Ziff. 1.

[20]) Dasselbe gilt für die Handelsgesellschaft. HGB., ä. F., Art. 123. Über die Art und Weise der Kündigung (ob Kündigungsfrist) ist meistens im Gesellschaftsvertrag Näheres enthalten. Dazu vgl. Staudinger II, Bem. II zu § 564 u. Vorbem. zu §§ 620 ff. Auch Warneyer, Erg.-Bd., 1908, Nr. 616.

[21]) Im Gegensatz dazu ist bei der O.H.G. Kündigung einer auf unbestimmte

Zeit eingegangenen Gesellschaft zwingendes Recht darstellen. Bei ihr haben die Gesellschafter keine uneingeschränkte Kündigungsbefugnis, eine derartige Gesellschaft wird vielmehr regelrecht erst mit Ablauf der festgesetzten Zeitdauer aufgelöst. Vorher ist ihre Kündigung nur vom Vorliegen eines wichtigen Grundes nach Maßgabe von § 724 BGB. zulässig.

Nach Auffassung des BGB. ist jedoch die unzeitgemäße Kündigung aus praktischen Gründen nicht ungültig, sondern an sich rechtswirksam. Der Kündigende muß aber den übrigen Gesellschaftern einen evtl. entstehenden Schaden ersetzen (§ 723 II)[22]).

Eine weitere Beschränkung des Kündigungsrechtes erklärt das Gesetz für nichtig[23]).

Eine Kündigung kann auch wieder beseitigt werden, jedoch nur bei Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter und wenn die Auflösung noch nicht endgültig bewirkt ist[24]).

Die berechtigte Kündigung löst als solche ihrem Rechtscharakter nach das Vertragsverhältnis auf. Es bedarf nicht erst einer besonderen Klage auf Anerkennung der Auflösung.

§ 727,1 BGB. lautet: „Die Gesellschaft wird durch den T o d eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein anderes ergibt“[25]).

Ist nun bestimmt, daß bei Eintritt des Todesfalls die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so haben wir den Fall des § 736 BGB. In diesem Fall sind die Pflichten und Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis ebenso vererblich wie alle anderen Pflichten und Rechte des Erblassers. Nur eine dem Erblasser besonders übertragene Befugnis zur Geschäftsführung wird als unvererblich gelten dürfen[26]). Es kommt hier so wesentlich auf die Persönlichkeit des Geschäftsführers an, daß sie wie der Auftrag mit dem Tode des Beauftragten mit dem Tode des Geschäftsführers erloschen ist. Ist aber dagegen z. B. verein-

---

oder auf Lebenszeit abgeschlossenen Gesellschaft nur zum Schluß des Geschäftsjahres mit mindestens sechsmonatlicher Kündigung möglich. Vgl. HGB., §§ 127 bis 134.

[22]) Vgl. §§ 249 ff., RGE., Bd. 78, S. 303.

[23]) Vgl. R.O.G.H., Bd. 13, Nr. 132; Staudinger II, S. 1403, IV a.

[24]) Vgl. Knoke, S. 111; Staudinger II, S. 1404, V ff.; Oertmann, Bem. 5.

[25]) Vgl. HGB., § 138.

[26]) So auch Oertmann, S. 462; Knoke, S. 125.

Verwahrt der ausscheidende Gesellschafter die Sache für die Gesellschaft, so verliert er mit seinem Ausscheiden ohne jeden weiteren äußeren Vorgang das Miteigentum daran und bleibt nur Besitzer. Wollen die übrigen Gesellschafter also in den Besitz der Sache gelangen, so können sie mit der rei vindicatio (§ 985) gegen den Ausgeschiedenen vorgehen.

Er haftet entsprechend § 987 für Herausgabe aller Nutzungen, die er gezogen hat oder nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft hätte ziehen können. Der ausgeschiedene Gesellschafter ist von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an den übrigen Gesellschaftern für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann (§ 989).

Zu behandeln sind ferner noch die Auswirkungen von Gut- bzw. Bösgläubigkeit einzelner Gesellschafter bei der Anwachsung.

Hier sind verschiedene Fälle möglich. Einmal der Ausscheidende ist bösgläubig, die übrigen Gesellschafter sind gutgläubig. Die älteste hier vorliegende Meinung[28]) nimmt grundsätzlich an, daß der erwerbende Gesellschafter in der O.H.G. (und analog auch in der Gesellschaft des BGB.) die Sache als gutgläubig erwirbt. Die Ansicht späterer Entscheidungen[29]) ist geteilt. Der Grund liegt im Wortlaut von § 932: „Durch eine Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört“ etc. Die eine Ansicht macht nun geltend, daß nach dem Wortlaut von § 932 die übrigen Gesellschafter den Schutz der Gutgläubigkeit nur für sich in Anspruch nehmen können, wenn es sich um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb handle. Die andere Meinung vertritt den Standpunkt, daß die verbleibenden Gesellschafter gutgläubig erwerben, auch wenn sie nicht unmittelbar durch Rechtsgeschäft, sondern mittelbar kraft Rechtssatzes auf Grund eines Rechtsgeschäfts erwerben.

Im letzteren Falle muß dann noch geschieden werden zwischen Fällen, bei denen Rechtsgeschäft zugrunde liegt, und solchen, bei denen dies überhaupt ausgeschlossen ist; gutgläubiger Erwerb also stets entfällt (z. B. bei Ausschließung eines Gesellschafters). Von einer Stellungnahme kann hier abgesehen werden, da die Beantwortung lediglich eine Frage der weiteren oder engeren Rechtsanwendung ist.

---

[28]) s. J. W., 1910, S. 742.

[29]) Vgl. Arch. f. ziv. Pr., Bd. 81, S. 370; Z. f. Handelsr., Bd. 127, S. 400.

Der Fall, daß der ausscheidende Gesellschafter gutgläubig war, bei Bösgläubigkeit der übrigen Gesellschafter ist praktisch ohne Bedeutung, denn mangels einer Quote bewirkt dieser Erwerb keine Veränderung ihrer Bösgläubigkeit.

Die Behandlung der beschränkten dinglichen Rechte erübrigt sich, da für die Gesellschaft als solche kein beschränktes dingliches Recht bestellt werden kann, die einzelnen Gesellschafter als solche in bezug darauf nicht Miteigentümer zur gesamten Hand werden könnten[30]).

Andere Sachenrechte kommen nicht in Frage.

---

[30]) Neudegger, S. 79 und Literatur daselbst.

# Schluß.

Überblicken wir das über die Gesellschaft Ausgeführte. Es wurde versucht einen Beitrag zur Hebung der Verkehrsfähigkeit der Gesellschaft zu geben, indem einmal die Bedingungen des Wechsels der Gesellschafter selbst behandelt wurden, ferner, indem versucht wurde, die Berechtigung des Gesellschafters im einzelnen zu umreißen. Sie bestimmbar, bewertbar und so ebenfalls erfaßbar und verkehrsfähig zu machen. In dieser Richtung wird es immer Grenzen geben. Eine gewisse geringe Verkehrsfähigkeit und deshalb geringe Bewegungsfreiheit des Einzelnen wird der Gesamthand der societas gegenüber immer bleiben, denn gerade die vorteilhaften Momente der Stabilität der ersteren wirken sich hier als Hindernisse aus.

Kritik wäre einerseits zu üben an einzelnen Punkten wie z. B. an der Entrechtung des Ausscheidenden, der seinen absoluten dinglichen Rechtsanspruch verliert für einen in der Luft hängenden obligatorischen. Weiter an dem Fehlen einer im BGB. getroffenen Regelung über Zuständigkeit und Einheit des Vermögens. Wohl ist in den Protokollen die Andeutung gemacht, auf den klaren folgerichtigen Zusammenhang hingewiesen, der vom dinglichen Recht, der Notwendigkeit seines Zustehens einem bestimmten Rechtssubjekt gegenüber, und der durch diese direkte Zuständigkeit bedingten Atomisierung des Vermögens ausgeht. Das hat aber, wie die Folge bewies, nicht genügt, um Unklarheiten zu verhindern. Aus dieser dinglich rechtlich bedingten romanistischen Verknüpfung heraus mußte auch die wünschenswerte idealgermanische Lösung der Gesamthand abgewiesen werden.

Ist es so nicht gelungen rein durch Kritik und Untersuchung des Bestehenden zu einer den oben aufgestellten Forderungen entsprechenden Lösung zu kommen, weil die Gesamthand, wie schon erwähnt, diesen Anforderungen nicht entsprechen kann, so soll nun konstruktiv versucht werden eine solche Lösung, einen Weg zu finden, eine Gesamthands-Form, die den oben aufgestellten Forderungen entspricht. Suchen wir

dazu zunächst die Elemente zu bestimmen, auf denen eine Gesamthand basieren muß. Unter Berücksichtigung der bisherigen Resultate und indem wir uns an dieser Stelle der Methoden erinnern, die das germanische Recht anwandte, um ähnlichen Forderungen (wie den von uns gestellten) gerecht zu werden, soll versucht werden, konstruktiv zu einer Lösung zu gelangen, eine solche Gesamthands-Form zu finden. Nach oben Ausgeführtem kann dieser Weg nur über die Gesamthand und nicht über die römisch rechtliche Individualgesellschaft führen.

Das Element, durch das jede Gesellschaftsform bestimmt wird, das jeder seinen Stempel aufdrückt, ist die Art, wie die Verknüpfung der Person mit der Sache durchgeführt ist. Auf den dadurch möglichen Variationen der Zuständigkeit der Sache bauen sich die Arten der Gesellschaftsformen auf. Die verschiedenen Denkformen der Zuständigkeit beruhen ihrerseits wieder auf dem Sachbegriff. Durch seine Eigenart werden die Formen der Zuständigkeit entscheidend beeinflußt. So ergibt sich, daß im germanischen wie im römischen Recht es die Art der Auffassung der Sache ist, die diktatorisch das Wesen der Gesellschaft bestimmt. Dementsprechend trägt die römische Gesellschaft individualistische und vermögensrechtliche, die germanische korporative und personenrechtliche Züge. Bei unserer heutigen aus beiden Rechtssystemen zusammengesetzten Auffassung kann demnach eine Sache mehreren Personen als Bruchteilseigentum als der römisch rechtlichen, und als Gesamthands-Eigentum als der germanisch rechtlichen Form zustehen. Mit der Übernahme dieser je möglichen Formen in unser Rechtssystem ist aber ein anderes nicht Hand in Hand gegangen. Das ist die Übernahme des je zugrunde liegenden Sachbegriffs. Hier haben wir ausschließlich die römischen Grundsätze rezipiert und so ergibt sich, daß für die praktische Rekonstruktion der Gesamthand die Grundlagen, die Voraussetzungen fehlen. Ideell wohl denkbar verstößt so die Gesamthand wieder und wieder gegen das System und seine Einzelanwendungen. Wir werden zu keiner endgültigen Lösung kommen, ehe wir nicht die Gesamthand konsequent auf den germanischen Eigentumsbegriff basieren. Wie schon oben gezeigt, beruht dieser auf dem Begriff einer gewissen Allgemeinberechtigung am Eigentum. Das Recht der einzelnen Gesamthänder ist infolge davon lediglich ein wenn auch sehr weitgehendes Nutzungsrecht. Dieser Begriff der Nutzung auf Grund einer durch das Recht der Allgemeinheit am Eigen-

tum gegebenen Beschränkung fehlt uns heute. Er fehlt uns, weil wir den diesen zugrunde liegenden Bindungscharakter des Eigentums nicht kennen. Mit dem Nutzungsbegriff ist uns die Möglichkeit entzogen, eine auf personenrechtlicher Basis ruhende gesellschaftliche Bindung unter gleichzeitig weitgehender Verselbständigung des Einzelnen gerade in vermögensrechtlicher Hinsicht zu schaffen.

Eine solche Möglichkeit wäre nicht nur praktisch von großer Bedeutung, sie würde die der Gesellschaft des BGB. und der O.H.G. fehlenden Möglichkeiten bieten und zugleich eine Lücke des BGB. schließen durch eine neue weitergehende Sicherheiten bietende Möglichkeit der Vermögenshingabe (Miteigentum).

Dies ist auch längst erkannt worden, denn die ganzen germanisch rechtlichen Definitionen der Gesamthand laufen auf einen solchen Nutzungsbegriff hinaus. Was ist denn z. B. der erst mit dem Austreten latent werdende Anteilsanspruch Gierkes anderes als die Ablösung der Nutzungsberechtigung verbunden mit der Herausgabe des Vorbehaltsgutes?

Die Praxis hat diesen Weg unabhängig von sich aus schon gesucht und gefunden, wenn hier bis jetzt auch noch jede Konsolidation und rechtssatzmäßige Durchbildung fehlt. Was ist denn die ganze moderne Entwicklung der Unternehmungszusammenfassungen, der Interessengemeinschaften einerseits, dann die Abspaltung und Aufteilung der Betriebe in Abteilungen anderes als eben dieses Bemühen der Herausbildung von Sondernutzungen unter einer einheitlichen Zweckzusammenfassung, wobei heute schon der Teil gar nicht mehr nach seinem Realwert, sondern nach seinem Nutzungswert taxiert wird. Die Gesetzgebung hätte diesen Weg, rechtlich die Gliederung eines Vermögens in relativ selbständige Sondernutzungen unter Wahrung eines gemeinschaftlichen Zweckes zu ermöglichen, längst gehen müssen. Statt den Weg der Individualgesellschaft mit nachheriger Zusammenfassung hätte der umgekehrte Weg der Auflockerung und Verselbständigung der vermögensrechtlichen Position des Einzelnen unter gleichzeitiger Beibehaltung der Bindung in der Gesamthandsgesellschaft gegangen werden müssen. Hier soll an das germanische Recht und dessen Methoden, das diesen Weg ebenfalls gegangen ist, erinnert werden. An die Watschar, die Totteilung, die Erbverbrüderungen des Adels. Dem einzelnen Zugehörigen müßte bei gleichzeitiger strenger personenrechtlicher Bindung weit-

gehende selbständige Verfügungsfreiheit in bezug auf seinen Vermögensteil gewährleistet werden.

Die persönliche Bindung muß dabei einen äußerst strengen absoluten Charakter haben (im Gegensatz zur herrschenden Lehre siehe R.G.E. Bd. 92, S. 398), so daß dieser absolute Bindungscharakter sozusagen die Bindung des germanischen Sachenrechtscharakters ersetzen würde. So wird etwas Fortdauerndes geschaffen, der Zweckgedanke sozusagen herausgehoben und verselbständigt. Der Nutzungscharakter als die praktische Form für die Verselbständigung des Vermögensanteils des einzelnen Gesellschafters wird so ermöglicht. Durch die Möglichkeit seiner verschiedenartigen Ausgestaltung, die Arten der Verknüpfung der Person mit der Sache können alle die oben erwähnten Abarten der Gesellschaft geschaffen werden. Vom Verbot einer dinglichen Verfügung überhaupt bis zum Rückfall lediglich bei bestimmten Ereignissen, z. B. im Erbfall. Verwirklichung und praktische Durchführung setzt aber folgende augenblicklich noch nicht gegebene gesetzliche Möglichkeiten voraus:

1. Verfügung und Nutzung an einem Vermögen als Einheit.
2. Absolute personenrechtliche Bindung im Gegensatz zu 92, 398.
3. Unkündbarkeit entgegen 423, 3.

## Lebenslauf.

Am 28. Februar 1906 bin ich, Herbert Adolff, als Sohn des Fabrikanten Emil Adolff und seiner Ehefrau Martha geb. Burkhardt in Backnang geboren.

Von Ostern 1912 an besuchte ich die dreiklassige Seminarvorschule daselbst. Mit der Aufnahmeprüfung trat ich in die dortige Realschule ein, die ich mit der Einjährigenprüfung absolvierte, um in die Oberrealschule Eßlingen einzutreten. Ostern 1924 legte ich dort die Reifeprüfung ab. Sommersemester und Wintersemester darauf war ich in Tübingen immatrikuliert. Dann studierte ich drei Semester in München. Von dort siedelte ich nach Rostock über, wo ich bis zum Abschluß meiner Studien verblieb. Mein Studium widmete ich der Rechtswissenschaft und der Volkswirtschaft.

Meinen verehrten Lehrern spreche ich an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank aus, insbesondere Herrn Professor Feine für die vielerlei Anregungen zu dieser Arbeit.